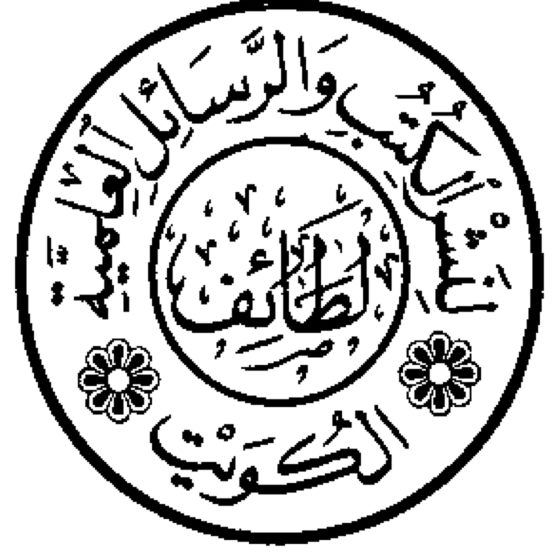
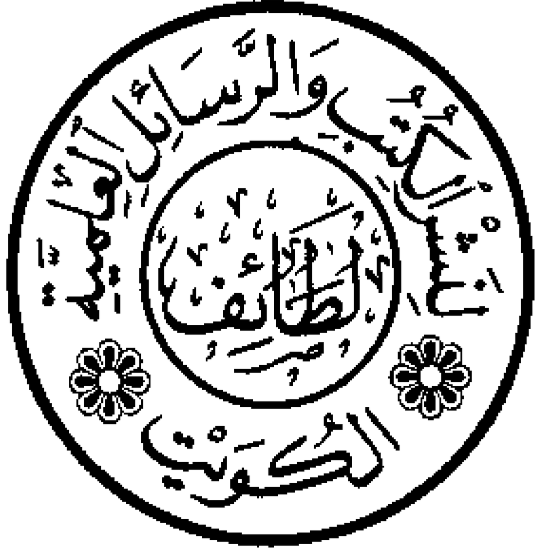


لطائف
لنشر الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت



شرح الحارثي على المقنع

تأليف

الإمام العلامة مسعود بن أحمد الحارثي
(٦٥٢ - ٧١١ هـ)
رحمه الله تعالى

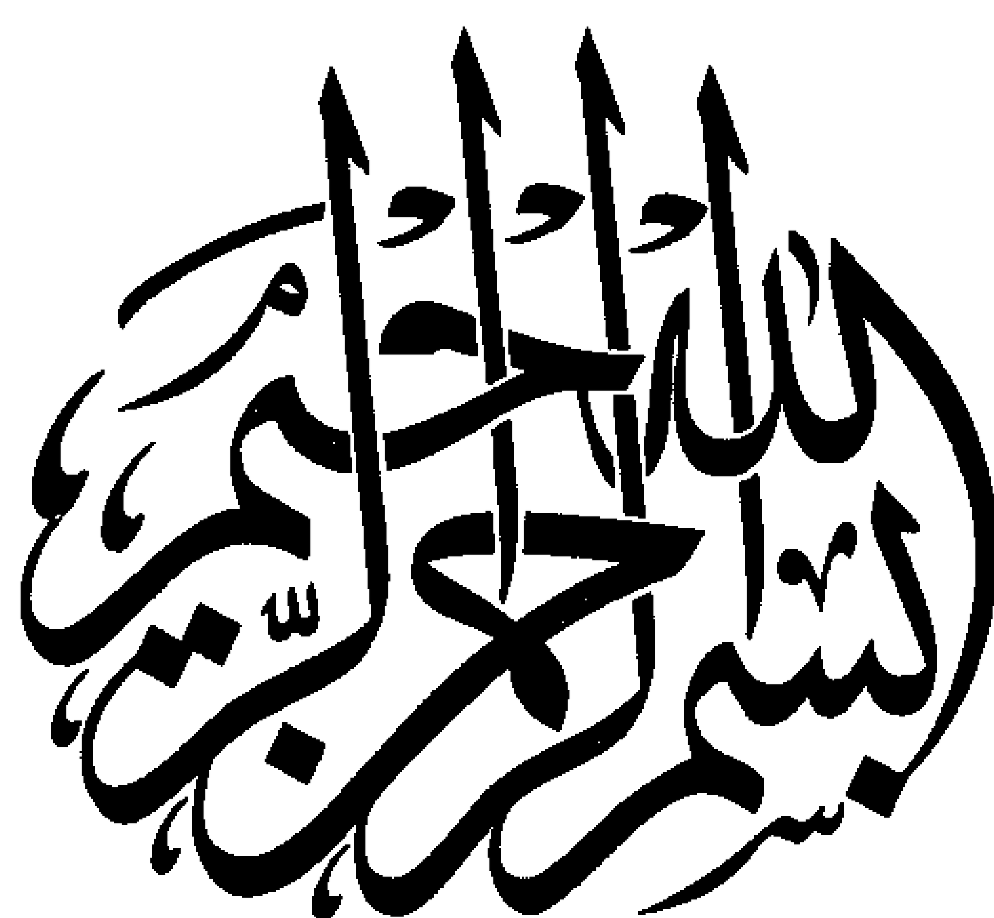
(من قوله: «وإن وطئ الجارية فعليه الحد والمهر»
إلى نهاية كتاب الغصب)

تحقيق ودراسة

فيحاء بنت جعفر بن مصطفى سبيه

المجلد الثالث




بسم الله الرحمن الرحيم

أصل هذا الكتاب رسالة جامعية قُدّمت استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير، تخصص الفقه وأصوله بكلية التربية للبنات بمكة المكرمة قسم الدراسات الإسلامية

شرح الحارثي على المقنع

(٣)

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى
١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م

لطائف
لنشر الكتب والرسائل العلمية
لصاحبها د. وليد بن عبد الله بن عبد العزيز المنيس
دولة الكويت - الشامية - صندوق بريد ١٢٢٥٧ الرمز البريدي ٧١٥٦٣



الكويت: شارع الصحافة - مقابل مطابع الرأي العام التجارية
هاتف: ٢٤٨١٩٠٣٧ - ٢٤٨٤٤٧٤٣ - فاكس: ٢٤٨٣٨٤٩٥
الكويت - الخالدية - ص.ب: ١٧٠١٢ - الرمز البريدي: ٧٢٤٥١
فرع القاهرة: الأزهر - شارع البيطار - خلف جامع الأزهر
ت/ ٠٠٢٠١٢٢٦٣٠٤٠٧٥ - ٠٠٢٠٢٢٤٩٩٨٣٥٦
Website: www.gheras.com
E-Mail: info@gheras.com

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه ونتوب إليه، ووعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا. من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إلـه إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله ﷺ.

أما بعد...

فأنني بعد تفكير طويل رأيت أن تكون رسالتي العلمية المقدمة لنيل درجة الماجستير عبارة عن تحقيق لمخطوط «شرح المقنع» إسهاماً في إظهار هذا التراث الدفين، ولا شك أن المخطوطات بوجه عام يجب أن يهتم بها الباحثون، وأن لا يهملوها لأهميتها العلمية، ولأنها كنز دفين ينبغي المحافظة عليه وإخراجه إلى مسرح الحياة العلمية، وقد يسر الله ﷻ لي الحصول على إحدى المخطوطات التي تعمل فيها إحدى الزميلات وهي هند العتيبي وذلك بمساعدة سعادة المشرف الذي أشار على بتحقيقه بعد اطلاعه عليها لما لها من مكانة علمية عظيمة فجزاه الله عني وعن الإسلام خير الجزاء، والمخطوط بعنوان: «**شرح المقنع**» للعالم الجليل مسعود بن أحمد الحارثي المتوفي سنة (٧١١هـ).

لم يشرح المقنع بأكمله إنما شرح قطعه منه من العارية إلى آخر الوصايا، والنسخة الكاملة مفقودة، أما النسخة التي حصلت عليها فهي نسخة ناقصة تحتوي على ثلاث كتب (العارية، الغصب، الشفعة).

وهي من محفوظات دار الكتب المصرية (فقه حنبلي رقم ٦).

أما الأسباب التي دعتني لاختيار هذا المخطوط فهي ما يأتي:

١ ـ عثوري أثناء بحثي في المكتبة على طائفة من المخطوطات منها: «شرح المقنع» فاقتنعت بها وأرسلتها إلى المشرف فضيلة الأستاذ الدكتور فيحان المطيري فأشار علي بتحقيق جزء منها بعد اطلاعه عليه وقبوله.

٢ ـ القيمة العلمية للمخطوط: فالمخطوطة شرح على المقنع أحد كتب الحنابلة الذي حذفه علماء كثيرون من فقهاء المذهب بالشرح والإيضاح والزيادة عليه والاختصار فلأهمية المتن والشرح اخترتُ العمل في هذا المخطوط.

٣ ـ مكانة المؤلف العلمية: فهو من العلماء البارزين المرموقين المشهود له بالعلم والبحث فقد أفاد رَحِمَهُ اللَّهُ الأجيال التي أتت من بعده وترك تراثاً خالداً سجل في صحيفته.

٤ ـ أهمية الكتاب وقيمته العلمية: فإنه كتاب قيم يستفاد منه.

٥ ـ منهج المؤلف في تأليف كتابه: يلاحظ أن المؤلف يقوم بتبيين الحكم الذي ذكره صاحب المتن ثم يدلل عليه من الكتاب والسنة ومن الآثار المنقولة عن السلف.

وعن عرضه للمسائل الفقهية يذكر أقوال فقهاء المذهب الحنبلي وفقهاء المذاهب الأخرى ثم يوضح الراجح ويبين سبب رجحانه.

السبب الأخير: إسهامي المتواضع في خدمة تراثنا الإسلامي وإخراج كنورزه الدفينه.

○ خطة العمل ومنهج التحقيق:

ينبغي أن أشير إلى أن نصيبي من تحقيق المخطوط سيكون إن شاء الله من بداية قوله: «وإن وطئ الجارية فعليه الحد والمهر» إلى نهاية كتاب الغصب ويبدأ الجزء الخاص بي من لوحة [٨١/أ] السطر (١٥)

إلى نهاية كتاب الغصب اللوح [١٥٤/ب] السطر (١٣) مستغرقاً ثلاث وسبعين لوحاً ونصف اللوح، ولما كان القسم الدراسي المتعلق بالكتاب من عمل زميلتي فسأجعل إن شاء الله عملي مقصوراً على تحقيق المخطوط في القدر المشار إليه آنفاً.

منهج التحقيق يتلخص عملي فيه بما يلي:

١ ـ قمت بنسخ الكتاب مراعياً في ذلك القواعد الإملائية ووضع الفواصل والتنقيط وعلامات التنصيص والاستفهام، وقد فصلت متن المقنع عن الشرح بوضع المتن بين ثوسين ثم أعقبه مبتدئاً من أول السطر بالشرح.

٢ ـ قابلت نص المقنع على الكتاب المطبوع وأثبت الفروقات في الحاشية.

٣ ـ صححت ما وجدت في الشرح من تصحيف وأضفت إليه ما كان فيه من سقط، معتمداً في ذلك على الكتب التي نقل عنها أو التي نقلت عنه، والكتب المعتمده في المذهب.

٤ ـ إذا اقتضى السياق إضافة كلام لا يتم المعنى إلا به ـ وهو قليل ـ أضفته بين قوسين وأشير إلى ذلك في الحاشية.

٥ ـ رقمت الآيات القرآنية الموجودة في الكتاب وذلك ببيان مواضعها من سور القرآن الكريم.

٦ ـ خرَّجتُ الأحاديث النبوية الشريفة والآثار الواردة في الكتاب وذلك بعزوها إلى مصادرها الحديثية من كتب السُّنَّة والمصنفات ما استطعت إلى ذلك سبيلاً.

٧ ـ توثيق الروايات والأوجه والأقوال الواردة في الكتاب.

٨ ـ حررت أقوال الفقهاء رحمهم الله تعالى والمذاهب الأخرى قدر المستطاع وذلك بالرجوع إلى المصادر الأصلية والكتب المعتمدة

لكل مذهب ولم أكتف بكتاب واحد بل رجعت أهم الكتب المعتمدة في المذاهب.

٩ ـ ضبط الألفاظ والكلمات الغربية، وذلك بُغية تحقيق النص وإخراجه على الصورة التي أرادها المؤلف أو قريباً منها.

١٠ ـ عرفتُ ببعض المصطلحات الفقهية الواردة في الكتاب.

١١ ـ ترجمت لجميع الأعلام الوارد ذكرهم في الكتاب وذلك بذكر ترجمة مختصرة للعلم وأحلت إلى مصادر الترجمة.

١٢ ـ رجعت إلى المصادر الموجودة التي استقى منها المؤلف سواء المطبوع منها والمخطوط وإذا لم أجد ذلك أشير إلى المصادر التي نقلت عن ذلك الكتاب.

١٣ ـ قمت في الختام بوضع فهارس عامة للكتاب.

وختاماً فإنني أشكر الله على نعمة التي لا تُعد ولا تُحصى وعلى تيسيره وتوفيقه بإتمام هذا العمل الذي بذلت فيه جهدي واستفرغت فيه وسعي، فإن كنت قد وفُقت فذلك بفضل الله ﷻ وحسن توفيقه وأسأله أن يوفقنى لشكره، وإن لم أصل إلى ما ابتغيت فيشفع لي أني قد بذلت فيه طاقتي والتقصير من صفات البشر، والكمال لله وحده، وأسأله أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه وأن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل، إنه جواد كريم والحمد لله رب العالمين.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين...

شكر وثناء

أشكر القائمين على تعليم البنات لما أولوه من عناية لطالبات العلم وأخص بالشكر عميدة كلية التربية للبنات بالمدينة المنورة الدكتورة مليحة الحارثي فلها في هذا الباب حق لا يُنكر فلها مني الثناء ومن الله جزيل العطاء.

كما لا يسعني إلا أن أشكر من واكب مسيرة البحث منذ البدءَ من بمشورته استنير وعلى توجيهه أسير، حتى بلغ العمل منتهاه، وأتى الأمل رجاه المشرف على الرسالة الأستاذ الدكتور فيحان المطيري فجزاه الله عني خير الجزاء.

ولا يفوتني أن أواصل الشكر والثناء لمن كان لي خير معين على الدرب وذللا لي كل صعب مَنْ بنظرة منهما أشد المسير وبدعوة منهما يُمهد العسير ... من يصغر أمام بذلها كل بذل ويعظم فضلهما على كل إليكما والديَّ العزيزين خالص الدعاء من قلب ينبض بالوفاء وعين ملؤها الرجاء أن يُنَسّأ الله لكما في الأجل ويحسن لكما العمل.

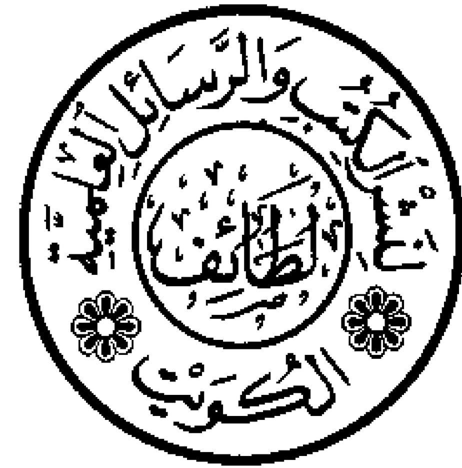
ثم إليك رفيق العمر كل المنى في صلاح الدين والدنيا معاً فما ضاقت بي الدنيا إلا وجدت السعة في رباك وما عسبت بي يوماً إلا والبسمة في محياك.

وإلى كل من أسهم في إخراج هذا البحث دعوة صادقة أن يُحسن الله على العمل ويبلغه الأمل وعلى رأسهم رئيسه قسم الدراسات

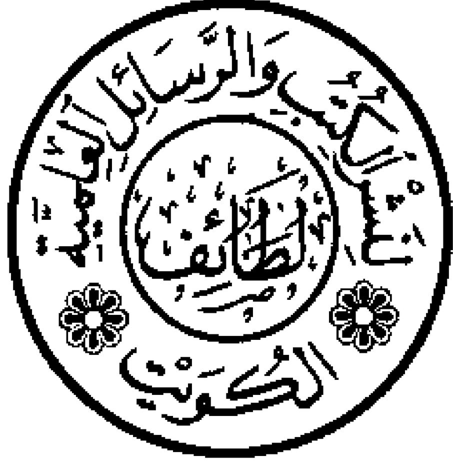
د. نبوية القاضي ووكيله الدراسات العليا د. رسمية حجازي وإلى الدكتور كمال المهدي والدكتور إبراهيم خليبه.

فللجميع شكري وتقديري....

فيحاء بنت جعفر بن مصطفى اسبيه



لطائف
لنشر الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت



شرح الحارثي على المقنع

تأليف

الإمام العلامة مسعود بن أحمد الحارثي

(٦٥٢ - ٧١١ هـ)

رحمه الله تعالى

(من قوله: «وإن وطئ الجارية فعليه الحد والمهر»
إلى نهاية كتاب الغصب)

تحقيق ودراسة

فيحاء بنت جعفر بن مصطفى سببيه

المجلد الثالث



للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان

قال[١]: (وإن وطئ[٢] الجارية فعليه الحد[٣] والمهر[٤] وإن كانت «مطاوعة» وأرش[٥]).

---

(١) قال: أي مصنف المقنع موفق الدين بن قدامة.

(٢) الوطء: من وطىء زوجته (وطأً) جامعها لأنه استعلاء.
قال الجوهري: وطئت الشيء برجلي وطء، ووطىء الرجلُ امرأته يَطَأُ فيهما.
وتمام كلام الجوهري: سقطت الواو من (يَطَأُ) كما سقطت من يَسَعُ لتعديهِمَا، لأن فعل يفعلُ مما اعتلّ فاؤه لا يكون إلا لازماً، فلما جاء بين أخواتهما المتعديتين خولف بهما نظائرهما.
انظر: الصحاح (٨١/١)، المطلع على ألفاظ المقنع ص(٣١)، المصباح المنير (٨٢٩/٢).

(٣) الحد في اللغة: الفصل بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر.
وحد كل شيء: منتهاه،لأنه يرده ويمنعه عن التمادي، فحد السارق وغيره: ما يمنعه عن المعاودة ويمنع أيضا غيره عن إتيان الجنايات.
قال الأزهري: حدود الله: هي الأشياء التي بين تحريمها وتحليلها وأمر ألَّا يتعدى شيء منها، فيجاوز إلى غير ما أمر فيها أو نهى عنه فيها.
وسميت حدوداً: لأنها تحد؛ أي: تمنع من إتيان ما جعلت عقوبات فيها.
انظر: الصحاح (٤٦٢/٢)، المطلع على ألفاظ المقنع (٣٧١)، لسان العرب (١٤٠/٣).
والحد في الشرع: عقوبة مقدرة وجبت زجراً على ارتكاب ما يوجبه.
انظر: الإقناع (٢٢٠/٢)، الروض المربع (٥٠٣).

(٤) المهر: الصداق لغة، والجمع مهور، قد مهر المرأة يمهرها ويمهُرها مهراً وأمهرها.
انظر: الصحاح (٨٢١/٢)، المطلع على ألفاظ المقنع (٣٢٦)، لسان العرب (١٨٤/٥).
شرعاً: أصدقت المرأة ومهرتها وأمهرتها، وهو عوض يسمى في النكاح أو بعده.
انظر: الروض المربع (٤١١).

(٥) أرش: الجراحة ديتها والجمع أروش مثل فلس وفلوس وأصله الفساد، ويقال: أَرَّشْتُ بين القوم تأرِيشاً: إذا أفسدت. ثم استعمل في نقصان الأعيان لأنه فساد فيها.
ويقال: أصله هرّش.
وقال ابن قدامة: الإرش. قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن. =

البكارة)[١].

وعنه: لا يلزمه مهر الثيب[٢] وإن ولدت فالولد رقيق للسيد ويضمن[٣] نقص الولادة[٤]. في الجملة مسائل[٥]:

إحداها: وطء الغاصب الأمة[٦] المغصوبة، مقترناً بعلم الحرمة،

= انظر: الصحاح (٩٩٥/٣)، المطلع على ألفاظ المقنع (ص٢٣٧)، المصباح المنير (١٨/١) المغني (١٠٠/٦).

(١) البكارة: من البكر وهي الجارية التي لم تفتض، وجمعها أبكار، والبكر من النساء التي لم يَقْرَبْها رجل، والبكر: العذراء.
انظر: الصحاح (٥٩٥/٢)، والمطلع على ألفاظ المقنع (٢٣٣)، لسان العرب (٧٨/٤)، المصباح المنير (٥٧٤/١).

(٢) الثيب: الثيوبة مصدر صناعي من ثاب يثوب إذا رجع، ويقال للإنسان إذا تزوج ثيب، وإطلاقه على المرأة أكثر، لأنها ترجع إلى أهلها بوجه غير الأول، وقد يطلق على البالغة، وإن كانت بكراً مجازاً وإتساعاً ولا يخرج المعنى الاصطلاحي لكلمة الثيوبة عن المعنى اللغوي.
انظر الموسوعة الفقهية (٦٥/١٥)، الصحاح (٩٥/١) والمطلع على ألفاظ المقنع (٢٣٣).

(٣) الضمان لغة: ضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عنى، مثل عزمته وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق.
انظر المطلع في ألفاظ المقنع (٢٤٨)، والمصباح المنير (٤٣٠/٢)، والصحاح (٢١٥٥/٦).
وشرعاً: التزام ما وجب على غيره مع بقائه وما قد يجب. انظر: الروض المربع (٢٩٢).

(٤) انظر: المقنع (٢٤٢/٢، ٢٤٣).

(٥) ذكر الشارح هنا خمس مسائل المسألة الثانية سيأتي ذكرها إن شاء الله ص(٦٧) والمسألة الثالثة ص(٧٨) والمسألة الرابعة ص(٧٩) والمسألة الخامسة ص(٨٦).

(٦) الأَمَةُ: قال الجوهري: الأمة: خلاف الحرة. والجمع إماء، وآم.
قال الشاعر: محلة سوءٍ أهلك الدهرُ أهلها... فلم يبق فيها غيرَ آم خوالف
وتجمع على إموان، كأخ وإخوان، وأصل أمةٍ، أموةٌ بالتحريك، لجَمعه على آمٍ، وهو أفعل.
كأينق وما كنت أمةً، ولقد أموت أموة، والنسبة إليها أَمَوي بالفتح وتصغيرها أمية.
انظر: الصحاح (٢٢٧٢/٦) المطلع على ألفاظ المقنع ص(١٦).

موجب للحد بغير خلاف، لانتفاء الزوجية، وملك اليمين، والشبهة، والأمة كهوفي ذلك إن طاوعت لما ذكرنا[١].

وعدم الشعور بالتحريم مسقط للحد لوجود الشبهة[٢].

قال عبد الملك بن عبد الحميد الميموني[٣]: قرأت على أبي عبد الله[٤] العجمي يقر على نفسه بالزنى[٥] ولا يعلم حد الزنى ما هو. قال لي: إذا كان بالقرب يعنى قرب عهد الإسلام فكما فعل عمر[٦][٧]

---

(١) أي ما ذكر من انتفاء الزوجية، وملك اليمين، والشبهه.

(٢) انظر: المغني (٧/٣٩١/ ٣٩٢)، الكافي (٢/٤٠٧)، المبدع (٥/١٧٣، ١٧٤)، كشاف القناع (٤/٩٧، ٩٨)، وشرح منتهى الإرادات (٣/٨٨٤، ٨٨٥).

(٣) هو: عبد الملك بن عبد الحميد الميموني بن مهران الميموني الرقي. الحافظ الفقيه، لازم الإمام أحمد كثيراً، وأكثر عنه من رواية المسائل، توفي سنة (٢٧٣هـ).
انظر: طبقات الحنابلة: (١/٢١٢، ٢١٦)، والعبر (٢/٥٣).

(٤) هو: الإمام عبد الله أحمد بن حنبل، اشتغل بطلب العلم وتحصيله مبكراً، روى الإمام عن عدد كبير من شيوخه وتشبع بعلمهم توفي سنة (٢٤١هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (١١/ ١٧٧).

(٥) الزنى لغة: الزنى يقصر ويمد، الزنى مقصور لغة أهل الحجاز، والنسبة إلى المقصور زِنَويّ، والزناء ممدود لغة بني تميم.
والمرأة تزاني مزناة وزناء؛ أي: تباغي. انظر: لسان العرب (١٤/ ٣٥٩)، المصباح المنير (١/٣٠٥).
وشرعاً: إيلاج الفرج في الفرج المحرم قطعاً المشتهى طبعاً، إذا انتفت عنه الشبهة.
انظر: الروض المربع ص(٥٠٥)، ومغني المحتاج (٤/١٤٣، ١٤٤)، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/٣٧٣).

(٦) هو: أمير المؤمنين عمر بن الخطاب العدوي القرشي. كانت له السفارة في الجاهلية، أسلم فكان إسلامه فتحاً على المسلمين وفرجاً لهم من الضيق، وشهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، وُلِّي الخلافة بعد أبي بكر الصديق فسار أحسن سيرة.
انظر: الإصابة (٢/٥١١)، التقريب ص(٢٥٣).

(٧) ما جاء عن عمر ﷺ ذكره ابن قدامة في المغني (١٢/ ٣٤٥)، والبهوتي في شرح منتهي الإرادات (٥/١٥٤٠).

درئ عنه[١].

وفي مسائل ابن مشيش[٢]: سئل أبو عبد الله عن الأخرس أو الأعمى يسرقان أو يزنيان ولا يعرفان أن هذا حرام عليهما. قال: أرجو أن لا يكون عليهما شيء على حديث عمر حين قال: «إن كان يعلم أن الزنى حرام عليه، فلا». انتهى[٣]، وبه يقول أبو حنيفة[٤][٥]، ومالك[٦][٧]، والأوزاعي[٨]، والشافعي[٩][١٠]

(١) أخرجه البيهقي عن عمر: في باب ما جاء في درء الحدود والشبهات، من كتاب الحدود. السنن الكبرى (٢٣٨/٨).

(٢) هو: محمد بن موسى بن مشيش البغدادي أجازه الإمام أحمد، ومن كبار أصحابه وروى عنه مسائل كثيرة.
انظر: طبقات الحنابلة (٣٢٣/١)، المقصد الأرشد (٤٩٥/٢).

(٣) أخرجه البيهقي عن عمر وعثمان، في باب: ما جاء في درء الحدود بالشبهات، من كتاب الحدود. السنن الكبرى (٢٣٨/٨، ٢٣٩).
ملحوظة: في سنن البيهقي جاء عن عمر وعثمان أن من فعل الزنى وهو يعلم حرمته حد أما إذا لم يعلم فليس عليه شيء.

(٤) هو: الإمام النعمان بن ثابت التميمي الكوفي، كان فقيه العراق، وإماماً من أئمة الإسلام، توفي سنة (١٥٠هـ).
انظر: تاريخ بغداد (١٣/ ٣٢٣) التقريب ص(٣٥٨)، التهذيب (١٠/ ٤٠١).

(٥) انظر: تحفة الفقهاء (١٣٨/٣، ١٣٩).

(٦) هو: الإمام مالك بن أنس بن أبي عامر بن عمر الأصبحي الحميري أبو عبد الله المدني كان أحد أعلام الإسلام، وإمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة المجتهدين. توفي سنة (١٧٩هـ).
انظر: التقريب ص(٣٢٦)، والتهذيب (١٠/ ٥).

(٧) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٣٠)، التفريع (٢٨٠/٢).

(٨) هو: عبد الرحمٰن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي، أبو عمرو الشامي، وجمع بين العبادة والورع والفصاحة، وسعة العلم، والقول بالحق توفي سنة (١٥٧هـ).
انظر: التقريب ص(٢٠٧)، التهذيب (٢١٦/٦).

(٩) هو: الإمام محمد بن إدريس بن العباس المطلبي القرشي أبو عبد الله الشافعي. كان أحد العلماء الأفذاذ والمشايخ الحفاظ. توفي سنة (٢٠٤هـ).
انظر: التقريب ص(٢٨٩)، التهذيب (٢٣/٩).

(١٠) انظر: روضة الطالبين (١٤٦/٤، ١٤٧)، شرح روض الطالب لزين الملة الشافعي =

وأبو ثور[١].

ثبت من حديث سعيد بن المسيب[٢] أن رجلاً أضاف قوماً باليمن، فأصبح القوم ـ يعني: يقولون: أنه زنى بربة البيت ـ فعرفوه إلى أميرهم. فقال الرجل: إني والله ما علمت أن الله حرَّم الزنى، فكتب فيه إلى عمر بن الخطاب فكتب: «إن كان يعلم أن الله ﷻ حرم الزنى فحدوه، وإن كان لم يعلم فعلموه، فإن عاد فحدُّوه»[٣].

وفي رواية: كثير بن شنظير[٤] بإسناد صحيح عن الحسن[٥] «أن عمر كتب استحلفوه بالله ما علم أن الله حرم الزنى فإن حلف فخلوا

= (٣٦٠/٢)، ومغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (٢٩٣/٢، ٢٩٤).

(١) أبو ثَورٍ هو: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي الفقيه. ذكر الذهبي أنه برع في العلم ولم يقلد أحداً، وكانت وفاته سنة (٢٤٠هـ).
انظر: طبقات الشافعية الكبرى: (٧٤/٢ ـ ٨٠)، العبر: (٤٣١/١).

(٢) هو: أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي المدني الفقيه، وكان من سادة التابعين فقهاً، وورعاً، وعبادة، وفضلاً، وزهادة، وعلماً، وهو أحد الفقهاء السبعة بالمدينة، توفي سنة (٩٤هـ).
انظر: التقريب ص(١٢٦)، التهذيب (٧٤/٤).

(٣) قول عمر ذكر في السنن الكبرى في باب: ما جاء في درء الحدود بالشبهات، من كتاب الحدود. (٢٣٨/٨، ٢٣٩).
وذكره ابن قدامة في المغني (٣٤٥/٢١٢) والبهوتي في شرح منتهى الإرادات (١٥٤/٥) إلا أنه غير منسوب لسعيد بن المسيب.

(٤) هو: كثير بن شنظير المازني ويقال الأزدي أبو قرة البصري، روى عن عطاء ومجاهد والحسن وغيرهم، قال: عبد الله بن أحمد سألت أبي عنه، فقال: صالح.
انظر: التهذيب: (٣٧٤/٨).

(٥) هو: أبو سعيد الحسن بن يسار البصري، العالم الناسك، ثقة فقيه قاض مشهور، كان يرسل كثيرا ويدلس، قال البزار: كان يروي عن جماعة لم يسمع منهم فيتجوز ويقول: حدثنا وخطبنا؛ يعني: قومه الذين حدثوا وخطبوا بالبصرة، توفي سنة (١١٠هـ).
انظر: التقريب ص(٦٩)، والتهذيب (٢٣١/٢).

سبيله»[١] وقد قال: به أيضاً من الصحابة عثمان بن عفان رضي الله عنه[٢][٣]، ثم هذا قد يكون لنشأته بالبوادي الشاسعة عن ديار المسلمين، أو لحداثة عهده بالإسلام، أو لاشتباهها بمنكوحته، فلا تقبل دعوى الجهالة بمن لم يمكن فيه واحد من الأمرين الأولين[٤].

وفي رواية الميموني: إذا كان قد طال مكثه في الإسلام وعرف حكم الزنى، كيف يدرأ عنه هذا؟[٥].

ووجهه: أنه خلاف الظاهر، وعلى هذا المعنى ما روى أبو طالب[٦] قال: سألت أبا عبد الله عن رجل زنى وقال: لم أعلم أن الزنى حرام، قال: اليوم لا يقبل منه كان ذلك في زمن عمر بن الخطاب فأما اليوم فلا. أي: لا يوجد منه ما يحال (العذر[٧]) عليه[٨].

---

(١) أخرجه البيهقي في: باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، من كتاب الحدود، السنن الكبرى (٢٣٩/٨) ذُكر فيها ما قاله عمر إلا أنه ينسبه لكثير بن شنظير.

(٢) أمير المؤمنين عثمان بن عفان بن أبي العاص الأموي أبو عبد الله القرشي، أسلم قديماً، كان يلقب بذي النورين، وأحد المبشرين بالجنة، توفي سنة (٣٥هـ).
انظر: الإصابة (٤٥٥/٢)، التقريب (٢٣٥).

(٣) أخرجه البيهقي في: باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، من كتاب الحدود، السنن الكبرى (٢٣٩/٨) ذكر ما قاله عثمان ولم ينسب لكثير بن شنظير.

(٤) انظر: المغني: (٣٤٥/١٢)، كشاف القناع (٩٧/٤، ٩٨)، شرح منتهى الإرادات: (١٥٤٠/٥).

(٥) انظر: المغني (٣٤٥/١٢)، شرح منتهى الإرادات (١٥٤٠/٥) ولم ينسب له.

(٦) أبو طالب هو: أحمد بن حميد المشكاني، صحب الإمام قديماً وتخصص في صحبته، وروى عنه مسائل كثيرة، كان الأمام أحمد يجله ويكرمه، توفي سنة (٢٤٤هـ).

انظر: طبقات الحنابلة (٣٩/١، ٤٠)، المنهج الأحمد (١٧٦/١)، المقصد الأرشد (٩٥/١).

(٧) كتب في المخطوط (الغدر) ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(٨) انظر: المغني (٣٤٥/١٢)، شرح منتهى الإرادات (١٥٤٠/٥) إلا أنه لم ينسبه له.

المسألة الثانية:

المهر: وهذه الموطوءة إما مكرهة أو مطاوعة[(١)(٢)].

أما المكرهة: فيجب مهرها بكل حال نص عليه في رواية محمد بن الحكم[(٣)]، وغيره. وقضى به مروان[(٤)] في المدينة، وقال به الحسن، وعطاء[(٥)]، وقتادة[(٦)] والزهري[(٧)] والشافعي[(٨)] وأبو ثور خلافاً لأبي حنيفة لثبوت الحد والحد والمهر لا يجتمعان، وهو قول الشعبي[(٩)]

---

(١) الموطوءة لها حالتان وهما إما أن تكون مكرهه وإما أن تكون مطاوعة والحالة الثانية سيأتي ذكرها.

(٢) انظر: المغني (٣٩١/٧)، المبدع (١٧٣/٥)، وكشاف القناع (٩٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣)، العدة شرح العمدة (٢٧٤).

(٣) هو: أبو بكر محمد بن الحكم الأحول، من خاصة أصحاب الإمام أحمد، مات قبل موته بثمان عشر سنة، وكان أبو عبد الله يبوح بالشيء إليه من الفتية، لا يبوح به لكل أحد، توفي سنة (٢٢٣هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٢٩٥/١ ـ ٢٩٦)، التهذيب (١٠٨/٩).

(٤) هو: مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي، ولد على عهد رسول الله ﷺ ولم يره، وكان والياً في أيام معاوية ومن بعده من الأمويين، توفي سنة (٦٥هـ).
انظر: التقريب ص(٣٣٢)، والتهذيب (١٠/ ٨٢).

(٥) هو: أبو محمد عطاء بن أبي رباح، ثقة فقيه فاضل لكنه كثير الإرسال، توفي سنة (١١٤ أو ١١٥هـ).
انظر: التقريب ص(٢٣٩)، التهذيب (١٧٩/٧).

(٦) هو: قتادة بن دعامة السدوسي، حافظ العصر، قدوة المفسرين والمحدثين، توفي سنة (١١٨هـ).
انظر: التقريب ص(٢٨١)، التهذيب (٣١٥/٨).

(٧) هو: محمد بن مسلم بن عبيد الله الزهري أبو بكر القرشي ـ أحد الأعلام والحفاظ الفقهاء متفق على جلالته وإتقانه، وهو من رؤوس التابعين، توفي سنة ١٢٥هـ وقيل قبل ذلك بسنة أو سنتين.
انظر: التقريب ص(٣١٨)، التهذيب (٣٩٥/٩).

(٨) انظر: الأم (٢٧٤/٣)، روضة الطالبين (١٤٦/٤، ١٤٧)، شرح روض الطالب (٣٦٠/٢)، مغني المحتاج (٢٩٣/٢، ٢٩٤).

(٩) هو: عامر بن شراحيل بن عيد الشعبي، كان من الفقهاء في الدين وأجلاء التابعين.
انظر: التقريب ص(١٦١)، السير (٢٩٤/٤).

والنخعي[١] والحكم[٢] وحماد[٣] والثوري[٤][٥].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢].

ولو وجب مهر لذكره، وبما روى الحجاج بن أرطأة[٦] عن عبد الجبار بن وائل بن حجر[٧] عن أبيه قال: «**استُكرهت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فدرأ عنها رسول الله ﷺ الحد، وأقامه على الذي أصابها ولم يذكر أنه جعل لها مهراً**» أخرجه الترمذي[٨][٩]

(١) هو: أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن الأسود النخعي، فقيه العراق، توفي سنة ٩٦هـ وقال الذهبي: توفي سنة (٩٥هـ).
انظر: التهذيب (١/١٥٥)، السير (٤/٥٢٠).

(٢) هو: الإمام الكبير عالم أهل الكوفة، أبو محمد الكندي، مولاهم الكوفي، ويقال: أبو عمرو ويقال أبو عبد الله الحكم بن عتيبة، توفي سنة (١١٥هـ).
انظر: التهذيب (٢/٣٧٢)، السير (٥/٢٠٨).

(٣) حماد هو: ابن أبي سليمان مسلم الأشعري مولاهم أبو إسماعيل الكوفي، فقيه صدوق رمي بالإرجاء. توفي سنة ١٢٠هـ أو قبلها.
انظر: التقريب ص(٨٢)، التهذيب (٣/١٦).

(٤) قول الثوري ذكر في بداية المجتهد ونهاية المقتصر (٤/١٥٣).
والثوري هو: أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي، كان سيد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى، وإمام الحفاظ، قدوة العلماء العاملين، توفي سنة (١٦١هـ). انظر: التقريب ص١٢٨، التهذيب (٤/٩٩).

(٥) قول عطاء والزهري وأبي حنيفة والشعبي والنخعي والحكم وحماد ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/١٤).

(٦) هو: الحجاج بن أرطأة بن ثور بن هبيرة النخعي أبو أرطأة الكوفي القاضي الفقيه، صدوق كثير الخطأ والتدليس، مات سنة (١٤٥هـ).
انظر: التقريب ص(٦٤)، والتهذيب (٢/١٧٢).

(٧) هو: عبد الجبار بن وائل بن حجر الحضرمي الكوفي أبو محمد.
انظر: التهذيب (٦/٩٥).

(٨) أخرجه الترمذي في السنن (٣/١٣٥)كتاب الحدود باب ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا.

(٩) الترمذي هو: محمد بن عيسى بن موسى الترمذي السلمي، كان أحد الأئمة الذين =

وابن ماجه[(١)(٢)]. وبأنه وطء فيه حد فلا مهر فيه قياساً على المطاوعة أو وطء لا يثبت به نسب فلا مهر فيه كالمطاوعة[(٣)].

وقال مالك[(٤)]: فيه ما نقص ثمنها اعتباراً بسائر الأموال.

ولنا: حديث عائشة[(٥)] أن رسول الله ﷺ قال: «**أيُّمَا امْرأةٍ نَكَحَتْ[(٦)] بغير إذن مواليها فَنِكاحُهَا بَاطِلٌ ـ ثلاث مرات ـ فَإنْ دخل بها فالمهرُ بما أصاب منها**» أخرجه الأئمة في كتبهم منهم أبو داود[(٧)]

= يقتدى بهم في علم الحديث، وأحد العلماء الأعلام، يضرب به المثل في الحفظ، صنف الجامع، والتواريخ والعلل تصنيف رجل عالم متقن.
انظر: تذكرة الحفاظ (٢/٦٣٣)، والبداية والنهاية (١١/٦٦).

(١) أخرجه ابن ماجه في السنن (٢/٨٨٦)، كتاب الحدود باب المستكره.

(٢) وابن ماجه هو: محمد بن يزيد. ماجه ـ الربعي ـ مولاهم أبو عبد الله القزويني، الحافظ المشهور صاحب كتاب السنن في الحديث، وهو أحد الصحاح الستة، كان أحد الأئمة الحفاظ، إماماً في الحديث مضطلعاً بعلومه، عارفاً بتفسير القرآن، والمغازي والسير، وله فيها مصنفات.
انظر: وفيات الأعيان (٤/٢٧٩)، والعبر (٢/٥١).

(٣) انظر: المغني (٧/٣٩٦).

(٤) انظر: الموطأ للإمام مالك (٢/١٠٩).

(٥) عائشة هي: أُم المؤمنين: عائشة بنت أبي بكر الصديق: لم يتزوج رسول الله ﷺ بكراً غيرها، وهي من أفقه نساء الأمة وأعلمهن على الإطلاق، ماتت سنة (٥٧هـ).
انظر: الإصابة (٤/٣٤٨)، التقريب ص(٣٦٠).

(٦) النكاح لغة: هو الوَطْءُ والجمع بين الشيئين وقد يطلق على العقد فإذا قالوا نكح فلانة، أو بنت فلان. أرادوا تزوجها، وعقد عليها. وإذا قالوا: نكح امرأته. لم يريدوا إلا المجامعة.
انظر: الصحاح (/٤١٣)، والمصباح المنير (٢/٧٦٥).
النكاح شرعاً: عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة والمعقود عليه منفعة الاستمتاع.
انظر: الروض المربع (٣٩٤).

(٧) أخرجه أبو دواد في سننه: باب الولي من كتاب النكاح (٢/٥٦٦، ٥٦٨).
وأبو داود هو: سليمان بن الأشعث بن عمرو بن عاهل الأزدي أبو داود السجستاني، وصفه العلماء بالحفظ التام، والعلم الوفير والفهم الثاقب في الحديث وغيره من =

والترمذي[١] والنسائي[٢][٣].

وجه الدلالة نصب الإصابة سبباً للمهر ولا جائز أن يقال الوجوب ربما استند إلى العقد أيضاً؛ لأن النص دلَّ على بطلان العقد والباطل وجوده وعدمه شيئان[٤]. وقد دلَّ على ما قلنا ما يروى عن عكرمة بن خالد[٥] قال: «جَمعَتْ الطَّرِيقَ ركباً فجعلت امرأة أمرها بيد رجل غير وَلِيٍّ فأنكحها. فبلغ ذلك عمر فجلد النَّاكِحَ والمُنْكِحَ ورد نكاحهما»[٦].

وعن الشعبي قال: «ما كان أحدٌ من أصحاب النبي ﷺ أشدَّ في النكاح بغير وَلِيٍّ من عَلِيٍّ[٧]، كان يضرب فيه». أخرجهما الدارقطني[٨]

= العلوم، توفي في سنة (٢٧٥هـ).
انظر: وفيات الأعيان (٢/٤٠٤)، اللباب في تهذيب الأنساب (٢/١٠٥).

(١) وأخرجه الترمذي في: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، وباب ما جاء في استئمار البكر والثيب من أبواب النكاح عارضة الأحوذي (٥/١٣).

(٢) أخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب الثيب تجعل أمرها لغير وليها (٣/٢٨٥) برقم (٥٣٩٤) بلفظ: «**أيما امرأة نكحت بغير مولاها فإنما نكاحها باطل، وإنما الذي أعطاها بما استحل منها**»..

(٣) هو: أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي، كان إمام أهل عصره في الحديث، حافظ متقن ثقة ثبت له مكانة معتبرة بين أصحاب الحديث بجرحه وتعديله.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى: (٣/١٤)، طبقات الحفاظ للسيوطي (٣٠٣).

(٤) كتب في المخطوط سيان والصواب ما ذكرته.

(٥) عكرمة بن خالدٍ بن العاص بن هشام بن المغيرة بن عبد الله بن عمر المخزومي القرشي، تابعي ثقة. انظر: التهذيب: (٧/٢٥٨).

(٦) أخرجه الدارقطني، في كتاب النكاح. سنن الدارقطني: (٣/٢٢٥)، البيهقي في: باب لا نكاح إلا بولي، من كتاب النكاح. السنن الكبرى (٧/١١١)، وابن أبي شيبة في: باب في المرأة إذا تزوجت بغير ولي، من كتاب النكاح. المصنف (٣/٤٥٦).

(٧) هو: علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم الهاشمي ابن عم رسول الله ﷺ، وزوج ابنته.
انظر: الإصابة: (٢/٥٠٧، ٥١٠)، والتقريب ص(٤٦).

(٨) هو: علي بن عمر بن أحمد مهدي البغدادي أبو الحسن الدارقطني. وهو نسبة إلى محلة كبيرة ببغداد. وكان أوحد عصره في الحفظ والفهم والورع انتهى إليه علم الأثر =

في سننه[١] فلم يبينا ﷺ للعقد إبراء في سقوط الحد؛ ولأن المنفعة مستوفاة فوجب بدلها كما في الخدمة ومن الأقيسة وطء لا تحد هي فيه، فوجب به المهر كما في العقد الصحيح أو الفاسد.

والآية: أريد (بها)[٢] بيان أمر الجلد، وذلك لا ينفي وجوب أمر آخر. والحديث إسناده غير متصل.

قال البخاري[٣]: عبد الجبار لم يسمع من أبيه ولد بعده بأشهر[٤]. والحجاج مع ما فيه أحد المدلسين[٥]، فلا يثبت بعنعنته اتصال على أنه قوله. ولم يذكر أنه جعل لها مهراً إخبار عن الراوي بالسكوت، فربما كان في الحديث وتركه نسياناً أو شكاً أو غيرهما.

وإنما سقط مهر المطاوعة لكونها بغياً[٦] وبعضهم علّله في الحُرَّة بكونها راضية. وأما الأرش، فإنما ثبت بإزاء النقص، والنقص ليس محلاً للنزاع، إنما محله العوض[٧] ....

= والمعرفة بعلل الحديث وأسماء الرجال وأحوال الرواة من الصدق والأمانة والثقة، وكان له اطلاع بعلوم سوى علم الحديث، توفي سنة (٣٥٨هـ).
انظر: الطبقات الكبرى للشافعية (٣/٤٦٢)، وفيات الأعيان (٣/٢٩٧).

(١) انظر: سنن الدارقطني (٣/٢٢٩) كتاب النكاح.

(٢) في المخطوط كتب (فيها) ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(٣) البخاري هو: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي مولاهم أبو عبد الله البخاري، كان ماهراً في الحديث متقناً له عارف بعِلَلِهِ بصيراً برجاله فقيهاً بارعاً. قال: ما أدخلت في كتابي الجامع إلا ما صح وتركت من الصحاح لحال الطول، توفي سنة (٢٥٦هـ).
انظر: التهذيب (٩/٤٧)، والسير (١٢/ ٣٩١).

(٤) انظر: سنن الترمذي (٣/١٣٥)، التعليق المغني على الدارقطني (٣/٩٣).

(٥) انظر: التقريب ص(٦٤)، التهذيب (٢/١٧٢)، الجرح والتعديل (٣/١٥٥، ١٥٦).

(٦) أي زانية.
انظر: المصباح (١/٧٢).

(٧) العوض ما يبذل في مقابلة غيره، تقول منه عاضني فلان وأعاضني، وعوضني وعاوضني إذا اعطاك العوض. انظر: المطلع (٢١٦).

المقابل لمنفعة البضع[١][٢].

وأما المطاوعة: فالمذهب وجوب مهرها وهو ما قال: في المتن[٣]؛ أي: أنه يجب حالتي الاستكراه والطواعية، كالحد حيث يسقط بمطاوعتها فاللفظ متعلق بالمهر لا بالحد[٤].

والوجوب نصَّ عليه أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ من رواية إسحاق بن منصور[٥] في: أمر رجلاً أن يبتاع له جارية بمائة دينار فاشتراها الرجل بمائة دينار، ثم استغلاها بعد ما اشتراها له؟ فقال: هذه غالية آخذها لنفسي، فأخذها لنفسه بعد ما اشتراها لصاحبها فأحبلها فولدت. قال: هذا غاصب عليه العُقرُ[٦]، ويأخذ الآمر جاريته وولدها رقيقاً له، ويؤدَّب المشتري[٧].

وهذا ظاهر في المطاوعة[٨] وبذلك قالت الشافعية[٩]، وفيه وجه؛ لأنه حق للسيد فلا يسقط بطاوعيتها كما في إذنها في قطع يدها، وأيضاً

---

(١) البُضع بضم الباء فرج المرأة والنكاح أيضاً انظر: المطلع ص(٢٧٢)، المصباح المنير (٦٤).

(٢) انظر: المغني (٣٩١/٧)، الشرح الكبير (٤١٦/٥)، المبدع (١٧٣/٥)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣).

(٣) انظر: المقنع (٢٤٢/٢، ٢٤٣).

(٤) انظر: المغني (٣٩١/٧)، الشرح الكبير (٤١٦/٥)، المبدع (١٧٣/٥)، كشاف القناع (٩٧/٤).

(٥) هو: أبو يعقوب إسحاق بن منصور الكوسج المروزي، من ثقات المحدثين ومن أشهر رواة مسائل الفقه عن الإمام أحمد، توفي سنة (٢٥١هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (١١٣/١ ـ ١١٥)، العبر (١/٢).

(٦) العقرُ ـ بالضم ـ: دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها، ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر.
انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (٣٢٦)، المصباح المنير (٥٠٢/٢).

(٧) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج ص(٤٣٤) مسألة رقم (٣٧١).

(٨) انظر: المغني (٣٩١/٧)، المبدع (١٧٣/٥)، كشاف القناع (٩٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣).

(٩) انظر: مغني المحتاج (٢٩٤/٢).

فحق له في حالة الاستكراه فكان له حالة الطواعية كأجر المنفعة.

وعن أبي الحسن الآمدي[١]: لا مهر مع المطاوعة[٢]. وهذا تخرج من نصِّه في سقوط ضمان الكلب؛ لكونه منهياً عن ثمنه، ومهر الزانية منهيٌّ عنه[٣].

كما سنورده فيكون ساقطاً وبذلك قال الشافعي[٤] للحديث الثابت عن النبي ﷺ «**أنه نهى عن مهر البغى**»[٥]. وروى علي بن رباح[٦] عن أبي هريرة[٧] قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان**

---

(١) هو: علي بن محمد بن عبد الرحمٰن البغدادي الآمدي، أحد أكابر أصحاب القاضي أبي يعلى، بلغ من النظر الغاية، كانت له مروءة، توفي سنة (٤٦٧ أو ٤٦٨هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٨/١، ٩).

(٢) انظر: الإنصاف (١٦٨/٦).

(٣) انظر: المغني (٣٥٣/٦)، الشرح الكبير (٤١٦/٥).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٤٧/٤)، شرح روض الطالب (٣٦٠/٢)، مغني المحتاج (٢٩٤/٢).

(٥) أخرجه من حديث أبي مسعود الأنصاري البخاري في: باب ثمن الكلب من كتاب البيوع، فتح الباري شرح صحيح البخاري (٣٣٧/٤).
وأخرجه مسلم في: باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي من كتاب المساقاة صحيح مسلم (١١٩٩/٣).
توجد رواية عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه، ورواية أخرى عن أبي هريرة.
انظر: المصنف لإبن أبي شيبة، كتاب النكاح باب ما قالوا في مهر البغي من نهى عنه (٣١/٤).

(٦) وهو: علي بن رباح بن قصير بن قشيب بن يتبع، الثقة العالم، أبو موسى اللخمي المصري، توفي سنة (١١٤هـ).
انظر: التهذيب (٢٨٠/٧).

(٧) هو: أبو هريرة عبد الرحمٰن بن صخر، أسلم بعد الحديبية. ولزم رسول الله ﷺ وصحبه على شبع بطنه، وكان جريئاً يسأل الرسول ﷺ أشياء لا يسأله عنها غيره وهو من أكثر الصحابة حديثاً وأحفظهم. توفي سنة سبع وقيل: ثمان وقيل تسع وخمسين.
انظر: التقريب ص(٤٣١)، والإصابة (٢٠٠/٤).

الكاهن ولا مهر البغي» أخرجه أبو داود والنسائي[١][٢].

ولأن الزنى مسقط للحرمة فكان مسقطاً للمهر كما في الحرة المطاوعة، وأما أنه حق للسيد فغير مُسلم، لأنه إنما يستحقه بواسطة السبب الصالح للوجوب، والدليل دلَّ على أنه غير صالح فلا يثبت الاستحقاق على أنه قد يتأثر بما هو من جهتها كارتدادها قبل الدخول إذا نجز ذلك. فلا فرق بين كونها بكراً أو ثيباً نص عليه في رواية محمد بن الحكم[٣]، وكذلك مطلق نصه الذي أوردنا من رواية إسحاق بن منصور[٤]، وبه قال الحسن ومالك[٥] والشافعي[٦] وأبو ثور وغيرهم

---

(١) أخرجه أبو داود في: باب أثمان الكلاب، من كتاب البيوع سنن أبي داود (٢/٢٥٠). والنسائي في باب النهي عن ثمن الكلب، من كتاب الصيد والذبائح، سنن النسائي (١٨٩/٧).

ملحوظة:

(٢) هذا الحديث أخرجه من الطريق التي ذكرها الشارح النسائي فقط.

وأخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والدارمي وغيرهم عن طريق آخر غير طريق التي ذكرها الشارح، والطريق هو عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحرث بن هشام عن أبي مسعود عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن».

والحديث أخرجه البخاري في باب ثمن الكلب من كتاب البيوع، وباب كسب البغي والإماء وفي باب مهر البغي والنكاح الفاسد، من كتاب الطلاق، من كتاب الإجارة، وباب الكهانة، من كتاب الطب، وفي: من لعن المصور من كتاب اللباس. صحيح البخاري (١١٠/٣، ١٢٢، ٧/ ٧٩/ ١٧٦، ٢١٧)، ومسلم في: باب تحريم ثمن الكلب. . ، من كتاب المساقاة، صحيح مسلم (١١٩٩/٣)، وأبو داود في: باب أثمان الكلاب. . . ، من كتاب البيوع سنن أبي دواد (٢/٢٥٠)، والدارمي في: باب النهى عن ثمن الكلب من كتاب البيوع سنن الدارمي (٢/٢٥٥).

(٣) رواية محمد بن الحكم سبق ذكرها (ص٦٧).

(٤) رواية إسحاق بن منصور سبق ذكرها (ص٧٣).

(٥) الكافي في فقه+++٣ أهل المدينة (ص٤٣٠).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١٤٦/٤، ١٤٧)، شرح روض الطالب (٢/٣٦٠). مغني المحتاج (٢/٢٩٤).

لعموم الأدلة؛ ولأن البكر والثيب مستويان في استحقاق المهر بسبب العقد، فكانا مستويين فيه بسبب الوطىء.

وعن أحمد رواية بانتفاء المهر للثيب قال إسحاق بن منصور قلت لأحمد: رجل غصب امرأة على نفسها ما عليه. قال: عليه؟ الحد وليس عليها حد وليس لها شيء إن كانت ثيبة، وإن كانت بكراً فلها صداق مثلها يفرق بين البكر والثيب[١]، وهو قول عطاء والزهري[٢].

قال: أبو بكر[٣] في التنبيه[٤][٥] وبه أقول؛ للحديث عن رسول الله ﷺ «**أن رجلاً استكره امرأة على نفسها فأقام الحد عليه ودرء عنها الحد ولم يجعل لها صداقاً**[٦]»[٧] انتهى.

ولأنه لم يحصل به اختلاف فلا تفويت فكان كعدمه، وهذا النص هو ما أشار إليه في المتن[٨]. وقد تناول بإطلاقه حالتي الاستكراه والمطاوعة لكنه وارد في الحرة[٩] حيث أضاف الصداق إليها بلام المالك

---

(١) انظر: المغني (٣٩٦/٧، ٣٩٧).

(٢) قول عطاء والزهري ذكره ابن أبي شيبة في: باب ما قالوا في الزاني كيف يكون عليه عقر؟ كتاب النكاح (١٤/٤).

(٣) هو: أبو بكر عبد العزيز بن جعفر بن أحمد الحنبلي، المعروف بغلام الخلّال، كان أحد أهل الفهم، موثوقاً به في العلم، متسع الرواية، توفي سنة (٣٦٣هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (١١٩/٢ ـ ١٢٧).

(٤) التنبيه: متن اعتمد مؤلفه استقطاب الروايات ما أمكنه ذلك، له أربعة أجزاء، وهو من الكتب المطولة في المذهب. انظر: المدخل (٦٨٣/٢، ١٠٣١).

(٥) انظر: المغني (٣٩٧/٧)، الفروع (٢٢٣/٥)، الإنصاف (١٦٨/٦).

(٦) جاء في الحديث ولم يذكر أنه جعل لها مهراً، أنظر سنن الترمذي (١٣٥/٣) وسنن ابن ماجه (٨٦٦/٢).

(٧) سبق تخريجه (ص٦٩).

(٨) انظر: المقنع (٢٤٣/٢).

(٩) انظر: المغني (٣٩١/٧)، الشرح الكبير (٤١٦/٥)، المبدع (١٧٣/٥)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣).

في النفي والإثبات والأمة لا تقبل ذلك مع أن الأصحاب أيضاً إنما حكوه في الحرّة أبو بكرٍ والقاضي[(١)] في كتاب الروايتين[(٢)(٣)] والسامري[(٤)] وصاحب التلخيص[(٥)].

حتى قال في التلخيص[(٦)]: بعد ذلك وإن أكره أمةً، فالمهر للسيد بكراً كانت أو ثيباً رواية واحدةً ففرق بين الحرة والأمة في حكاية الخلاف. والمصنف[(٧)] حكاه ها هنا كما ترى، فلعلَّه على التخريج من الحرة. وفي التلخيص: يلوح بالفرق من جهة أن المهر في الأمة إنما يجب للسيد، ولهذا وجب مع المطاوعة بخلاف الحرة وليس بالطائل، فإن الوجوب للسيد لا يكفي بدون بيان التأثير، والتأثير منتف[(٨)].

فإن السقوط في الثيب لم يكن لموجب من جهتها حتى يُقال يسقط

---

(١) هو: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف القاضي أبو يعلى البغدادي الحنبلين واشتهر بعد ذلك بأبي يعلى توفي سنة (٤٥٨هـ). انظر: طبقات الحنابلة (٢/١٩٣، ٢١٦)، المنهج الأحمد (٢/١٠٥).

(٢) كتاب الروايتين لأبي يعلى من الكتب التي لم يتم إكمال تأليفها أكلمها ابنه أبو الحسين المتوفى سنة (٥٣٦هـ) في كتاب سماه التمام في خصوص ما فاته في أبوابه. انظر: المدخل المفصل (٢/١٠٥٦، ١٠٣٧٠).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين لأبي يعلى (١/٤١٦).

(٤) هو: أبو الفتح عبد الله بن هبة بن أحمد بن محمد السامري الفقيه، توفي سنة (٥٤٥هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (٢٠/ ٢٦٥)، المنهج الأحمد (٢/٣١٠)

(٥) صاحب التلخيص هو: محمد بن الخضر بن محمد بن الخضر بن علي بن علي بن عبد الله بن تيمية الحراني، توفي سنة (٦٢٢هـ) بحران.
انظر: المقصد الأرشد (٢/٤٠٧/٤٠٩).

(٦) التلخيص اسمه تلخيص المطلب في تلخيص المذهب للفخر محمد بن الخضر جرى فيه على نحو طريقة أبي حامد الغزالي في البسيط والوسيط والوجيز.
انظر: المدخل (٢/٦٧٩، ١٠٤٤).

(٧) انظر: المغني (٧/٣٩١).

(٨) انظر: تصحيح الفروع (٥/٢٢٤)، الإنصاف (٨/٣٨)، ولم ينسباه لصاحب التلخيص.

به حق الحرة دون غيره. بخلاف السقوط في المطاوعة فإن الموجب كان من جهتها فيقوى التخريج. وبالجملة فالتسوية بين البكر والثيب في الوجوب هو المذهب فيما قال الأكثرون من الأصحاب.

وما أورده أبو بكر(١) في الخبر من قوله: «ولم يجعل لها صداقاً» ليس بالمحفوظ بل المحفوظ: «لم يذكر أنه جعل لها مهراً وبينهما فرقٌ»(٢).

فإن الذي أورده يقتضي اطلاع الراوي على نفي الجعل. والمحفوظ يقتضي إخبار الراوي عن راوٍ آخر بالسكوت، فقد يكون ذلك الراوي مطلعاً على النفي أو نقيضه. وإما أنه لم يحصل به إتلاف ولا تفويت، فلا نسلمه. أما الإتلاف، فحاصل في المنفعة المستوفاة بالوطىء. وأما التفويت، ففي مدة الاستبراء الواقع بعد التسليم حيث لا يتمكن السيد من الوطىء. انتهى.

المسألة الثالثة

إرش البكارة: وهو ما بين قيمتها بكراً وثيباً

والموطوءة إن كانت بكراً، فلا تردد في وجوبه لكل حال (وجد الحمل)(٣) أو لا؛ إذ الطواعية من المرأة أو لا؛ لوجود النقص في المغصوب.

ولكن حيث يجب المهر هل يفرد عنه أو يدخل فيه؟ المذهب المحكى للأصحاب هو الأول لتعدد السبب، فإن المهر وجب لمطلق الوطىء، والإرش وجب لنقص العين(٤).

---

(١) سبق ذكره ص(٧٦).

(٢) الحديث سبق تخريجه ص(٦٩).

(٣) كتب في المخطوط (وحد اكملل) ولعل الصواب ما اثبته في المتن.

(٤) انظر: كشاف القناع (٩٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣).

وذكر في المغني[1] احتمالاً بالثاني؛ لأنه داخل في المهر حيث زاد لمزيد البكارة. وهذا واهٍ[2]؛ إذ لو كان كذلك لكان الإرش إنما هو تفاوت ما بين مهرها بكراً وثيباً. وليس كذلك، بل هو تفاوت ما بين القسمين.

وللشافعية[3] وجهان كالوجهين: وهو عكس ما قاله الأصحاب في الحرة جعلوه الأصح فيه عدم الإفراد.

ولصاحب المحرر[4] فيه روايتان[5]: وذكر أنهما منصوصتان. ثم إذا قيل بالإفراد فالواجب معه مهر بكر وهو المتحصل من كلامه في المغني[6].

وقال الشافعية[7]: مهر ثيب القدر الزائد على التنويه مقابل بالإرش فلم يبقا إلا مهر ثيب.

ولنا: أنه وطىء بكراً، فكان فيه مهر بكرٍ؛ إذ المهر إنما يجب في مقابلة الوطء. فإن قيل: كيف أوجبتم مع ذلك إرش البكارة؟ قلنا: لأن الأرش وجب في مقابلة الإتلاف، ولهذا وجب فيما لو أذهبها بإصبعه، وقد حصل الإتلاف والوطء فترتب على كلٍّ منهما موجبه **(عليه ما تم)**[8]

---

(١) انظر: المغني (٧/٣٩١).

(٢) انظر: الإنصاف (٦/١٦٨).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/١٤٦، ١٤٧) شرح روض الطالب (٢/٣٦٠)، مغني المحتاج (٢/٢٩٤).

(٤) هو: مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن تيمية المتوفى سنة ٦٥٢هـ ألف المحرر في الفقه على مذهب الأمام أحمد بن حنبل وهو مطبوع.
انظر: المدخل المفصل (٢/٧٤٧).

(٥) المحرر في الفقه: (٢/٣٩).

(٦) المغني (٧/٣٩١).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٤/١٤٦، ١٤٧)، شرح روض الطالب (٢/٣٦٠)، مغني المحتاج (٢/٢٩٤).

(٨) في المخطوط كتبت (عان ما تم) لعل الصواب ما اثبت في المتن.

حصول التلف بالاستمتاع وذلك لا يوجب انتفاء الجمع كما لا ينتفي في الأجرة، والإرش حيث ينقض الثوب بالاستعمال[١]. انتهى.

المسألة الرابعة

علوق الولد[٢]:

وإذا علقت منه، فإما أن يكون عالماً بتحريم الوطء أو جاهلاً به[٣][٤].

الحالة الأولى:

العلم: هو المراد في المتن[٥]. فالولد إذاً رقيق[٦] للسيد، منقطع النسب[٧] عن الغاصب لأنه زان وإنما كان للسيد لأنه من أجزاء ملكه ونمائه، فإن انفصل حياً: كان كالأُم في وجوب الردِّ والضمان.

وإن انفصل ميتاً فإما لجناية[٨] جان أو لا وبتقدير الجناية فالجاني

---

(١) انظر: كشاف القناع (٩٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣).

(٢) علوق: يقال علِقت الأنثى بكسر اللام. حملت. انظر: المصباح المنير (٥٠٨/٢)، مختار الصحاح (٤٥٠)، المطلع (٣١٧).

(٣) انظر: المغني (٣٩١/٧، ٣٩٢)، الكافي (٤٠٧/٢)، الشرح الكبير (٤١٦/٥، ٤١٧، ٤١٨)، المبدع (١٧٣/٥، ١٧٤)، الإنصاف (١٦٨/٦، ١٧٠)، كشاف القناع (٩٧/٤، ٩٨)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣، ٨٨٥).

(٤) ذكر الشارح حالتين الأولى العلم بالتحريم وسيأتي ذكره ص(٨٠) والثانية الجهل بالتحريم سيأتي ذكره ص(٨٢).

(٥) انظر: المقنع (٢٤٣/٢).

(٦) رقيق: قال الجوهري: الرقيق المملوك، واحد وجمع. والرق. بالكسر من المِلكِ: وهو: العبودية.
وبالفتح: ما يكتب فيه، وبالضم: ما رق من ماء البحر والنهر.
انظر: الصحاح (١٤٨٣/٤)، المصباح المنير (٢٨٠/١)، المطلع ص(١٣٨).

(٧) النَسَبُ: واحد الأنساب. والنِسْبَةُ مثله. وانتسب إلى أبيه؛ أي: اعتزى وتنسب؛ أي: ادعى أنه نسيبك. انظر: الصحاح (٢٢٤/١)، المطلع ص(٢٩٦).

(٨) الجناية: لغة: اسم لما يجتنبه المرء من شر وما اكتسبه تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً. =

إما الغاصب أو غيره(١).

إن كان الغاصب: ففي المغني(٢) وغيره(٣) عليه عُشْرُ قيمة أُمِّهِ.

وهو مذهب الشافعي(٤) لأنه البدل في الجناية. والأولى أكثر الأمرين من قيمة الولد أو عُشْرُ قيمة الأم لموضع اليد العادية.

وإن كان غير الغاصب: فعليه ما قلنا من عُشْرُ قيمة الأم، يرجع به المالك على من شاء منهما والقرار على الجاني، وإن زادت القيمة على العشر رجع به المالك على الغاصب(٥) لموضع يده، وإن كان لا لجناية جانٍ، ففي وجوب ضمانه وجهان:

أحدهما: عدم الوجوب: وهو لقول القاضي وابن عقيل(٦)

= وهو عام إلا أنه خص ما يحرم دون غيره.
انظر: مختار الصحاح ص(١٦٤)، والمطلع (٣٥٦)، المصباح المنير (٣٧/١).
والجناية اصطلاحاً: التعدي على البدن بما يوجب قصاصاً أو مالاً. ومن قتل مسلماً عمداً عدواناً فأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له، وتوبته مقبولة.
انظر: الروض المربع (٤٨١).

(١) انظر: المغني (٣٩١/٧)، الكافي (٤٠٧/٢)، الشرح الكبير (٤١٦/٥، ٤١٧)، المبدع (١٧٣/٥)، الإنصاف (١٦٨/٦)، كشاف القناع (٩٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣).

(٢) انظر: المغني (٣٩٢/٧).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤١٧/٥)، المبدع (١٧٤/٥)، كشاف القناع (٩٨/٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٤٩/٤، ١٥٠)، شرح روض الطالب (٣٦٠/٢)، مغني المحتاج (٢٩٤/٢).

(٥) انظر: المغني (٣٩٢/٧)، المبدع (١٧٤/٥)، الإنصاف (١٦٩/٦)، كشاف القناع (٩٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣).

(٦) ابن عقيل: هوأبو الوفاء علي بن عقيل محمد البغدادي، الإمام الفقيه الأصولي، أحد الأئمة الأعلام، وكان واسع العلم قوي الحجة، وله مسائل تفرد بها، توفي سنة (٥١٣هـ).
انظر:ذيل طبقات الحنابلة (١٤٢/١ ـ ١٦٣)، العبر (٢٩/٤)، طبقات الحنابلة (٢٥٩/٢)، وورد اسمه فيه: «علي بن محمد بن عقيل».

وصاحب التلخيص[١]، وأحد الوجهين للشافعية[٢]، واستدل له بأن الحياة لم تتيقن؛ أي: عند سقوطه.

والثاني: الوجوب، وهو ما قاله القاضي أبو الحسن[٣][٤]، ومنصوص الشافعي[٥]؛ لأنه مضمون بالإتلاف فكان مضموناً بالتلف لحصوله في يده. وهذا أصح[٦]، واختيار المصنف في الكتاب الكبير[٧].

والوجهان جاريان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل كذلك[٨].

وإذا قيل بالضمان فبماذا يضمن الجنين؟ فيه وجهان:

أحدهما: بالقيمة يوم الانفصال لو كان حياً؛ لأنه مملوك، فضمن بقيمته كالأم[٩].

والثاني: بالمقدر وهو عشر قيمة الأم اختاره المصنف[١٠] لأنه المضمون له في الجناية فضمن به في التلف.

وللشافعية وجهان كما ذكرنا[١١]، ويحتمل وجوب أكثر الأمرين من المقدر والقيمة لموضع السبب[١٢]. وهذا أقيس[١٣].

---

(١) انظر: الإنصاف (١٦٩/٦).
(٢) انظر: روضة الطالبين (١٤٨/٤)، شرح روض الطالب (٣٦٠/٢)، مغني المحتاج (٢٩٤/٢).
(٣) القاضي أبو الحسين هو: محمد بن محمد بن القاضي ابن شيخ المذهب القاضي أبي يعلى، برع في الفقه وأفتى وناظر، وكان عارفاً بالمذهب مات مقتولاً سنة (٥٢٦هـ). انظر: المقصد الأرشد (٤٩٩/٢)
(٤) انظر: المغني (٣٩١/٧، ٣٩٢)، الشرح الكبير (٤١٦/٥)، الإنصاف (١٦٩/٦).
(٥) انظر: روضة الطالبين (١٤٨/٤)، شرح روض الطالب (٣٦٠/٢). مغني المحتاج (٢٩٤).
(٦) انظر: الإنصاف (١٦٩/٦).
(٧) انظر: المغني (٣٩١/٧، ٣٩٢).
(٨) انظر: الإنصاف (١٩٦/٦).
(٩) انظر: الفروع (٣٨٢/٤)، الإنصاف (١٦٩/٦).
(١٠) انظر: المغني (٣٩٢/٧).
(١١) انظر: روضة الطالبين (١٤٩/٤).
(١٢) انظر: تصحيح الفروع (٣٨٢/٤)، الإنصاف (١٦٩/٦).
(١٣) انظر: تصحيح الفروع (٣٨٢/٤)والإنصاف (١٦٩/٦).

فصل

الحالة الثانية:

الجهل بالتحريم (فإن حملت)[١] فالولد إذاً حر لحق بالغاصب اعتباراً للشبهة وهو ما نص عليه أحمد رحمه الله في مواضع.

ثم إن انفصل حياً فعلى الغاصب فداؤه[٢] يومئذ، أما الفداء (فلتفويت)[٣] الرق على المالك باعتقاده. وأما اعتباره يوم الانفصال، فلتعذر تقويمه قبل ذلك؛ ولأنه زمن الحيلولة بين (المالك)[٤][٥].

وإن انفصل ميتاً: لا بجناية جان فغير مضمون لما قدمنا من انتفاء العلم بالحياة، وللإنتفاء الحيلولة بين المالك وبينه، فإن الحيلولة هي الموجب للتقويم، ولا يجري ها هنا الخلاف المتقدم فيما لو انفصل رقيقاً ميتاً، لأن الرقيق يدخل تحت اليد بخلاف هذا[٦]. وبذلك قال:

---

(١) ما بين القوسين زيادة لازمة انظر: المغني (٣٩٢/٧).

(٢) الفداء بالكسر والمد، والفتح مع القصر: فكاك الأسير يقال: فداه يفديه فداءً وفدىً، وفاداه يفاديه مفاداة: إذا أعطى فداءه وأنقذه، وفداه بنفسه وفداه: وإذا قال له: جعلت فداك، والفدية: الفداء.
انظر: النهاية (٤٢١/٣)، لسان العرب (١٥/ ١٥٠).

(٣) كتبت في المخطوط (فلتوفيت) والصواب ما أثبت في المتن.
انظر: المغني (٣٩٣/٧).

(٤) كتب في المخطوط: «المال»، والصواب ما أثبته في المتن. انظر: المغني (٣٩٣/٧).

(٥) انظر: المغني (٣٩٢/٧، ٣٩٣)، الشرح الكبير (٤١٧، ٤١٨)، المبدع (١٧٤/٥)، الإنصاف (١٧٠/٦)، كشاف القناع (٩٧/٤، ٩٨)، شرح منتهى الإرادات (٨٥٥/٣).

(٦) انظر: المغني (٣٩٣/٧)، الشرح الكبير (٤١٨/٥)، الإنصاف (١٧٠/٦)، كشاف القناع (٩٨/٤).

الشافعي(١) ولبعض أصحابه حكاية وجه بالضمان ها هنا أيضاً؛ لأن الظاهر أنه كان حياً، والأول المذهب عندهم.

وإن كانت لجناية جان، فعلى الجاني الضمان؛ لأن وجود الانفصال متعقباً عن الضرب ظاهر في حصول الموت به.

فإن كان هو الغاصب فغُرّةٌ(٢) عبداً أو أمةٍ، قيمتها خمس من الإبل، موروُثَةً عنه، لا يرث الغاصب منها شيئاً؛ لأنه المتلف، وعليه للسيد عُشْرُ قيمة الأم. لأنه مضمون للسيد ضمان المماليك، بدليل تقويمه له مملوكاً كما لو انفصل حياً(٣).

وإن كان غير الغاصب: فعليه الغُرَّة لمكان الحرية (ورثها الغاصب)(٤) دون الأم لقيام رقها وعلى الغاصب للمالك عشر قيمة الأم لما قدمنا من كونه مضموناً للمالك ضمانه للعبيد(٥).

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٤٩/٤)، شرح روض الطالب (٣٦١/٢)، مغني المحتاج (٢٩٤/٢).

(٢) الغُرة: العبد نفسه، أو الأمة. وأصل الغرة. البياض في وجه الفرس، وكان أبو عمر بن العلاء يقول: الغُرة: عبد أبيض، أو أمة بيضاء، وليس البياض شرطاً عند الفقهاء. والجيد تنوين (غُرَّة) و (عَبْدٌ) بدل من غُرةٍ، ويجوز الإضافة على تأويل إضافة الجنس إلى الفرع، فإن الغُرَّة: أول الشيء، وخياره، والعبد، والأمة، وبياض في وجه الفرس فإذا قال: في الجنين غرة، احتمل كل واحد منها، فإذا قال: غرة عبد، تخصصت الغرة بالعبد.
انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (٣٦٤).

(٣) انظر: المغني (٣٩٣/٧)، الشرح الكبير (٤١٨/٥)، الإنصاف (١٧٠/٦)، كشاف القناع (٩٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٥/٣).

(٤) ورثها الغاصب: أي: إذا كانت الجناية من غير الغاصب فعليه؛ أي: الجاني: الغرَّة، يرثها الغاصب لأنه أبو الجنين دون أمه لأنها رقيقة.
انظر: كشاف القناع (٩٨/٤).

(٥) انظر: المغني (٣٩٣/٧)، الشرح الكبير (٤١٨/٥)، الإنصاف (١٧٠/٦)، كشاف القناع (٩٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٥/٣).

ثم إن استوى العشر وقيمة الغرَّةِ أو زادت قيمة الغُرَّةِ ضمن الغاصب للمالك العشر، ووجب للغاصب في صورة الزيادة ما زاد لحق الإرث. وإن زاد العشر على القيمة ضمن الغاصب للمالك تمام العشر، وهو قول الشافعية[١]. في أصح الوجهين. وفي الآخر: لا يضمن ما زاد على الغُرَّةُ؛ لأن سبب الضمان تفويته عليه فلا يضمن فوق ما يحصل له.

ولنا: أن النقص حصل على العشر بتفويت الغاصب لاعتقاده فكان مضموناً عليه كسائر صور التفويت، وما قالوه من سببية التفويت فعليهم؛ لأن المفوت هو الرق المقتضى للعشر بكماله فترتب ما ينقص عنه خلاف المقتضى[٢]. انتهى.

فصل

وإن مات الغاصب قبل الانفصال وترك أباه ثم انفصل ميتاً بجناية جان فالغرة لجد الجنين[٣] والعشر للمالك في تركة الغاصب لأنه المفوت للرق وإن لم يخلف تركة سقط، والله أعلم.

فصل

وإن كان الوطء بإذن المالك، فلا مهر بحال، وبه تقول الشافعية[٤] في أحد الوجهين أو القولين. وفي الآخر يجب وهو المنقول عن مذهب

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٤٩/٤)، شرح روض الطالب (٣٦١/٢)، مغني المحتاج (٢٩٤/٢).

(٢) انظر: المغني (٣٩٣/٧)، الشرح الكبير (٤١٨/٥)، كشاف القناع (٩٨/٤).

(٣) بالرجوع إلى كتب الحنابلة لم أتمكن من العثور على هذا الفصل إلا أنني وجدته في أحد كتب الشافعية وهو روضة الطالبين (١٤٩/٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٥٠/٤)، شرح روض الطالب (٣٦١/٢)، مغني المحتاج (٢٩٥/٢)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٣٤١).

أبي حنيفة مراعاة لحرمةِ البُضع، وأيضاً فيجب لها ابتداءً، فلا يسقط بإذن الغير.

ولنا: أن السبب مأذون فيه فالمسبب ساقط كما لو أذن في القتل. ولأن المنفعة مأذون فيها فلا عوض لها كما في المطاوعة الحرة وهذا فيه بحث.

وأما حرمة البُضع، فساقط حيث يثبت وصف الزنا والوجوب لها ابتداءً غير مُسْلّم. وأما الولد، ففي قيمته وجهان:

أحدهما: الوجوب؛ لأن الإحبال لم يؤذن فيه.

والثاني: عدم الوجوب؛ لأن الإذن في الوطء يتضمن الإذن فيما ينشأ عنه مما لا يملك دفعه فهو كالتصريح بالإذن فيه، والله أعلم. انتهى.

المسألة لخامسة:

تضمين إرش النقص الحاصل بالولادة، وذلك واجب حالتي العلم وعدمه.

أما الوجوب:

فلأن النقص نشأ عن عدوانه، وأما استواء الحالتين فلأنه إتلاف مال[1]، فيدخل في عموم قول النبي ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»[2].

---

(١) انظر: الإفصاح (٢٩/٢)، المغني (٢٩٣/٧)، الشرح الكبير (٤١٧/٥)، المبدع (١٧٤/٥)، الإنصاف (١٧٠/٦)، كشاف القناع (٩٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣).

(٢) أخرجه من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه أبو داود: باب في تضمين العارية، من كتاب البيوع. سنن أبي داود (٢٦٥/٢)، والترمذي: باب ما جاء في أن العارية مؤادة، من أبواب البيوع جامع الترمذي مع العارضة (٢٦٩/٥)، كما أخرجه ابن ماجه: باب العارية، من كتاب الصدقات سنن ابن ماجه (٨٠٢/٢)، الدارمي: باب في العارية مؤادة، من كتاب البيوع. سنن الدارمي (٢٦٤/٢)، والإمام أحمد في مسنده (٥/، ٨، ١٢).

ثم النقصان لا ينجبر بالولد وهو قول الشافعي[١] وزفر[٢]، خلافاً لأبي حنيفة وصاحبيه[٣][٤]. ووجهه: بأن السبب متحد وهو أن الولادة أوجبت فوت جزء من مالية العين وحدوث مالية الولد أو السبب الواحد إذاً أثر زيادة ونقصاً كانت الزيادة خلفاً.

عن النقص كالبيع[٥] لما أزال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفاً عن المبيع، وكالسمن[٦] الحادث بعد الهزال[٧] ونبات السّن بعد الذهاب، فإنهما خلفان عن الغايت لاتحاد المحل وتأثير السبب في الخلافة أقوى من تأثير المحل[٨].

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٥٠/٤)، شرح روض الطالب (٣٦١/٢)، مغني المحتاج (٢٩٤/٢)، رؤوس المسائل ص(٣٥٤).

(٢) هو: أبو الهزيل زفر بن الهزيل العنبري البصري، وهو من كبار أصحاب أبي حنيفة، كان حافظاً ثقة، توفي في سنة (١٥٨هـ).
انظر: الجواهر المضيئة (٢٠٧/٢، ٢٠٩). الفوائد البهية ص(٧٥).

(٣) صاحبيه يقصد بهما: أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، ومحمد بن الحسن الشيباني.

(٤) انظر: المبسوط (٥٨/١١، ٥٩)، تحفة الفقهاء (٩٧/٣)، بدائع الصنائع (١٥٧/٧، ١٥٨)، رؤوس المسائل ص(٣٥٤).

(٥) البيع في اللغة: مصدر باع يبيع بيعاً عبارة عن الإيجاب والقبول وأخذ شيئ وإعطاء شيئ.
انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (٢٢٧)، المصباح المنير (٨٦/١، ٨٧).
وشرعاً: مبادلة مال ولو في الذمة بقول أو معاطاة، واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتابعين يمد باعه للأخذ والإعطاء. انظر: المغني (٥/٦)، حاشية الروض المربع (٣٢٥/٦، ٣٢٦).

(٦) السِّمن: بكسر السين وفتح الميم: مصدر يسمن ضد الهُزال.
انظر: الملطع على ألفاظ المقنع (٢٧٤).

(٧) الهُزل: بضم الهاء: ضد السِمَن، يقال: هزلت الدابة هزالاً وهزلتها أنا، وأهزلتها: أعجفتها.
انظر: المصباح المنير (٧٨٦/٢)، المطلع.

(٨) انظر: المبسوط (٥٨/١١، ٥٩)، بدائع الصنائع (١٥٧/٧، ١٥٨).

لنا: الفائت من المالية مضمون عليه فلا يسقط بدون الأداءِ أو الإبراء، وكلاهما مُنتفٍ، فالسقوط منتفي. أما انتفاء البراءة فظاهر، وأما انتفاء الأداء فلأن الأداء مقيد لتملك ما ليس مملوكاً له على طريق البدل، وهو مفقود إذ الولد يحدث على ملك المغصوب منه فلا يكون الأداء ثابتاً فبالقياس على ما لو كان النقص بغير الولادة. فإن الولد لا يكون جابراً(١).

وأيضاً: فلو قطع قوائم شجرة فنبت مكانها مثلها لم ينجبر الأول بالثاني، إذا كان ملكاً للمالك فها هنا أولى لوقوع الاختلاف، فإن القدر الفائت في الأمم مُخالف للقدر الحاصل من الولد، وأيضاً فالولد يقولون هو أمانة والفائت مضمون فلا تكون الأمانة خلفاً عن المضمون(٢).

فصل

ويجب ضمان النقص الحاصل (بالحمل)(٣) لأنه نقص في الأمة وقد حصل بعداونه.

فصل

وموت الأم في يده موجب لضمان القيمة معتبراً بيوم التلف كما سيأتي فإن دخل في ذلك أرش البكارة، ونقص الولادة، وإلا فعليه ردهما مع القيمة. ذكره القاضي وابن عقيل. وإنما يتصور الدخول في القيمة ما إذا اقترن الموت بالافتضاض أو بالولادة، وإذا لا يدخل فيه إلا أحدهما. وقال المصنف في الكتاب الكبير(٤): عليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل فيها أرش البكارة والنقص.

---

(١) انظر: المغني (٣٩٢/٧)، الشرح الكبير (٤١٧/٥)، المبدع (١٧٤/٥).
(٢) انظر: المبسوط (١١/ ٥٩).
(٣) كتب في المخطوط (**بالجمل**) ولعل الصواب ما اثبته في المتن.
(٤) انظر: المغني (٣٩٢/٢)، الشرح الكبير (٤١٧/٥).

وهذا محمول على الكثرة كانت في مقابلة الأوصاف، لا لارتفاع الأسعار، كما صار إليه في مثله، وإلا فهو بعينه مذهب الشافعي مثاله: كانت القيمة أَلْفاً فنقصت بالافتضاض مائة، ثم بالولادة مائةً، ثم ماتت وقيمتها ثمانمائة فالواجب ألف لا ثمانمائة؛ لأن الأوصاف مضمونة كالأعيان ووقع التضمين على هذا الاعتبار بأكثر ما كانت ولو نقصت القيمة لانخفاض السعر قبل الافتضاض، أو قبل الولادة، أو قبل الموت. فعلى المذهب: الواجب ما استقر عليه الحال يوم تلف الوصف أو تلف العين. وعلى قول القائلين بأقصى القيم يكون الواجب أَلْفاً[(١)].

وعن أبي حنيفة في الفرع روايات:

أظهرها التضمين بالقيمة يوم الغصب. كما صار إليه في أصل المسألة، ولم يقل بالجبران بالولد ها هنا؛ لأنه تبع، والتبع لا يقوم مقام الأصل.

والثانية: الجبران بالولد من غير إيجاب أمر آخر.

والثالثة: جبران نقص الولادة بالولد كما لو كانت الأم باقية وتضمين الأم بالقيمة.

لأن الولادة ليست سبباً مفضياً إلى الموت ولابد فلا مدخل للولد في الجبران لاختلاف السبب فتعين القيمة[(٢)].

وبالرواية الأولى قال مالك[(٣)] وتوجيه ما قلنا يأتي إن شاء الله في أصل المسألة.

---

(١) مذهب الشافعي ذكره البهوتي في كشاف القناع (٩٨/٤) وهو مما نقله الحارثي عن الشافعية ولم أعثر عليه في كتب الشافعية فيما اطلعت.

(٢) انظر: المبسوط (١١/ ٦٠/ ٦١)، تحفة الفقهاء (٩٧/٣).

(٣) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١٤٠/٤).

فصل

ولو ردها فماتت في يد المالك بسبب الولادة وجب ضمانها[١]. وهو قول أبي حنيفة[٢] والمتولي[٣][٤] من الشافعية. خلافاً لأبي يوسف[٥]، وابن الحسن[٦][٧] لخروجه عن عهدتها بالرد. وعن أبي عبد الله القطان الشافعي لا يضمن في صورة العلم بالتحريم.

لأن الولد ليس له حتى يقال ماتت بولادة ولده[٨]، قال: وفي صورة الجهل قولان.

ولنا: أن الموت حصل عن عدوانه فأوجب الضمان كما في الموت في يده، ولا نسلم الخروج عن العُهدة بالرد مطلقاً[٩] انتهى.

---

(١) انظر: المغني (٧/٣٩٦)، المبدع (٥/١٧٦)، الإنصاف (٦/١٧٠)، كشاف القناع (٤/١٠١)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٨٤).
(٢) انظر: المبسوط (١١/١٠٧)، بدائع الصنائع (٦/١٥٦).
(٣) هو: أبو سعد عبد الرحمٰن بن مأمون بن علي النيسابوري المتولي، شيخ الشافعية، توفي سنة (٧٨هـ). انظر: السير (١٨/ ٥٨٥/ ١٩/ ١٨٧).
(٤) انظر: شرح روض الطالب (٢/٣٦١) (ذكرت في الحاشية)، روضة الطالبين (٤/١٥٠).
(٥) هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري أبو يوسف الكوفي البغدادي، كان من كبار أصحاب أبي حنيفة، ويرجع إليه الفضل في نشر فقه أستاذه في أقطار المعمورة، ومع ذلك فقد خالفه في مواضع كثيرة، توفي سنة (١٨٢هـ).
انظر: السير (٨/٤٧٠)، الجواهر المضيئة (٣/٦١١، ٦١٣).
(٦) هو: محمد بن الحسن أبو عبد الله الشيباني، من أعلام الفقه واللغة، توفي سنة (١٨٩هـ).
انظر: الجواهر المضيئة (٣/١٢٢، ١٢٧)، السير (٩/١٣٤).
(٧) انظر: المبسوط (١١/١٠٧)، بدائع الصنائع (٧/١٥٦).
(٨) انظر: روضة الطالبين (٤/١٥٠)، شرح روض الطالب (٢/٣٦١) ذكر في الحاشية.
(٩) انظر: المغني (٧/٣٩٦)، المبدع (٥/١٧٦)، كشاف القناع (٤/١٠١).

فصل

غصبها حاملاً فولدت في يده عليه ضمان ما نقصت الولادة لحصول النقص في يده وعليه الولد إن بقي[١] وإن مات ففي الخرقي[٢] يضمنه بأكثر ما كانت قيمته[٣].

وفي المستوعب[٤] والتلخيص: هل يلزمه قيمته يوم مات. أو أكثر ما كانت؟ على روايتين[٥]. والخلاف ليس خصوصاً بالولد بل يجري في كل هالكٍ كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

والمذهب: الاعتبار بحالة الموت[٦].

وإن انفصل ميتاً، فعلى ما تقدم من التفصيل[٧].

وإن ماتت الأم بالولادة: وجب ضمانها. لوقوع التلف في يده ولا اعتبار بوجود السبب في يد المالك أو لا؛ لأن التلف في يد الغاصب كالإتلاف فيكون كالمباشرة، ومعلوم انقطاع حكم السبب مع المباشرة.

---

(١) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/١٨٠)، المغني (٧/٤٠٢)، الشرح الكبير (٥/٤٣١)، الإنصاف (٦/١٧٠).

(٢) هو: عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد أبو القاسم الخرقي، صاحب المختصر، والمشهور في فقه الحنابلة كان عالماً بارعاً وكان ذا دين وورع، وتوفي بدمشق سنة (٣٣٤هـ).

انظر: طبقات الحنابلة (٢/٧٥/١١٨)، منهج الأحمد (٢/٦١، ٦٣).

(٣) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/١٨٠)، الإنصاف (٦/١٧٠).

(٤) المستوعب: لمحمد بن عبد الله السامري نسبة إلى سمراء جمع فيه فوائد جليلة ومسائل غريبة وهو مطبوع إلى العقيقة في أربع مجلدات توفي سنة (٦١٦هـ). انظر: المدخل المفصل (٢/٦٨٣/٧١٧).

(٥) انظر: الإنصاف (٦/١٧٠).

(٦) انظر: الإنصاف (٦/١٧٠).

(٧) انظر: ص(٨٠) وما بعدها.

وكذلك ما لو غصبه مريضاً فمات في يده بذلك المرض(١) لما ذكرنا. وبذلك قالت الحنفية(٢) وغيرهم.

فصل

وعن مهنا(٣) قال: سألت أحمد عن رجل اغتصب رجلاً جارية، فكان يطأها حتى قتلها بالوطيء، قال: عليه الحد والقيمة. انتهى(٤).

ولا إشكال في فتقها(٥) والبول والغائط مستمسكان، فإن قيل بالمقدر فعليه أكثر الأمرين من إرش النقص أو ثلث القيمة لمكان اليد، وإن كانا غير مستمسكين فكمال القيمة، وإن لم يقل بالمقدر في حالتي الإستمساك وعدمه ما نقص.

قال: (وإن باعها أو وهبها(٦) لعالم بالغصب.فوطئها: فللمالك

---

(١) انظر: الإنصاف (١٧٠/٦).

(٢) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٥٦/٧، ١٥٧).

(٣) هو: مهنا بن يحيى الشامي، من كبار أصحاب الإمام أحمد الملازمين له والمكثرين عنه رواية المسائل، حتى إن عبد الله بن الإمام أحمد روى عنه بضعة عشر جزءاً عن أبيه لم تكن عند عبد الله ولا عند غيره.
انظر: طبقات الحنابلة (٣٤٥/١، ٣٨١).

(٤) انظر: الفروع (٣٨٣/٤)، المبدع (١٧٥/٥)، الإنصاف (١٦٩/٦)، كشاف القناع (٩٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٤/٣).

(٥) فتقها: قال الجوهري: الفتق، بالتحريك مصدر قولك: امرأة فتقاء، وهي المنفتقة الفرج خلاف الرتقاء.
انظر: الصحاح (١٥٣٩/٤)، المطلع ص(٣٢٤).

(٦) الهبة لغة: يقال وهبت له شيئاً وهباً، ووهباً بالتحريك، وهبةً، والإسم الموهب، والموهبة بكسر الهاء فيهما، والإتهاب قبول الهبة، والإستيهاب: سؤال الهبة، وتواهب القوم: إذا وهب بعضهم البعض.
انظر: الصحاح (٢٣٥/١)، المطلع (ص٢٩١).
وقال ابن قدامة هي تمليك في حياته بغير عوض. انظر: المقنع (٣٣١/٢).

تضمين أيهما شاء: نقصها. ومهرها، وأجرتها وقيمة ولدها إن تلف، فإن ضمن الغاصب رجع على الآخر. ولم يرجع الآخر عليه)[١].

إذا نقل الغاصب العين بالبيع أو الهبة ونحوهما والمبتاع والمتهب عالماً بالغصب فهما كغاصب، لاستيلائهما على مال الغير ظلماً، ولا اعتبار بالسبب أعني البيع ونحوه، لأنه باطل ينفذ موجبه، وقد حسن كتابة المصنف ها هنا عن المبتاع بالآخر لمماثلته للغاصب، وإذا ثبت هذا فعلى المبتاع والمتهب رد العين مع نمائها وضمان النقص والتلف، يرجع المالك بكل ذلك وبسائر ما يجب عليهما على من شاء منهما ومن الغاصب، أما هو فلاغتصابه وتسليطه. وأما المبتاع أو المتهب فلحصول التلف أو النقص في يده مع كونه غاصباً، وإن ضمن الغاصب رجع على الآخر بما ضمنه لحصول التلف في يده، فكان القرار عليه وإن ضمن الآخر لم يرجع على أحدٍ لذلك[٢].

فإن كان المبيع أو الموهوب بكراً فوطئها المبتاع أو المتهب فأولدها عالماً بالتحريم فعليه ما تقدم[٣] من وجوب الحد، وأرش البكارة، ونقص الحمل والولادة، ومهر المثل، وقيمة الولد إن مات وعليه أيضاً أجرة المثل مدة مقامها في يده، كما سيأتي إن شاء الله[٤].

وأما النقص والأجرة لما قبل البيع فعلى الغاصب وحده لاختصاصه بالسبب[٥] وإن كان جاهلاً بالتحريم ومثله يعذر به ففيه ما في جهل الغاصب على ما مر من التفصيل فيه[٦].

---

(١) انظر: المقنع (٢/٢٤٣).

(٢) انظر: المغني (٧/٣٩٣)، الشرح الكبير (٥/٤١٨)، المبدع (٥/١٧٤)، الإنصاف (٦/١٧٠)، كشاف القناع (٤/٩٩).

(٣) أي ما تقدم ذكره في المتن نفس الصفحه وربما يقصد به أنه قد سبق ذكره ص٦١.

(٤) سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى ص(٩٥).

(٥) انظر: المغني (٧/٣٩٥)، كشاف القناع (٤/٩٩).

(٦) سبق ذكره ص(٦٣) وما بعدها وص (٨٢) وما بعدها.

قال: وإن لم يعلما بالغصب، فضمنهما رجعا على الغاصب، وإن ولدت من أحدهما فالولد حر، ويفديه بمثله في صفاته تقريباً، ويحتمل أن يعتبر مثله في القيمة.

وعنه: يضمنه بقيمته ويرجع به على الغاصب، وإن تلفت فعليه قيمتها، ولا يرجع بها إن كان مشترياً. ويرجع بها المتهب، وعنه أن ما حصلت له به المنفعة كالأجرة، والمهر، وإرش البكارة لا يرجع به، وإن ضمن الغاصب رجع المشتري بما لا يرجع به عليه(١)(٢).

فرض الجملة:

مات إذا كان المشتري أو المتهب لا يعلمان الغصب، ودعوى الجهالة في ذلك مقبولة عملاً بالأصل ووطأهما في هذه الحالة لا يوجب الحد إجماعاً لوقوع الشبهة، ومتى علما بعد فالواجب ردها لانكشاف الحال(٣)، فيدخل في عموم قول النبي ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»(٤).

ثم لا فرق بين أن تلد منه أو لا، نص عليه أحمد رحمه الله من رواية جماعته(٥)

---

(١) (وإن ضمن الغاصب رجع على المشتري) لأن التلف حصل في يده، فهو كالمباشر والغاصب كالمتسبب. (بما لا يرجع به المشترى عليه) أي: على الغاصب، لأنه لا فائدة فيه، وضابطه أن كل ما رجع به على المشتري لا يرجع به على الغاصب إذا رجع به المالك على الغاصب، ورجع به الغاصب على المشتري، وكل ما لو رجع به على المشتري، ورجع به المشتري على الغاصب إذا أغرمه الغاصب، لم يرجع به على المشتري؛ لأن الضمان استقر على الغصب.
انظر: المبدع (١٧٦/٥).

(٢) انظر: المقنع (٢٤٣/٢، ٢٤٤، ٢٤٥).

(٣) انظر: المغني (٣٩٣/٧، ٣٩٤)، الشرح الكبير (٤١٩/٥، ٤٢٠).

(٤) سبق تخريجه ص(٨٦).

(٥) انظر: المغني (٣٩٤/٧)، الشرح الكبير (٤٢٠/٥)، المبدع (١٧٥/٥)، والإنصاف (١٧١/٦)، كشاف القناع (١٠١/٤).

وقال به الشافعي[١]، وابن القاسم[٢]، وغيرهما وعن الثوري ومالك[٣]: وجوب القيمة للمالك حالة الإيلاد؛ لأنه استهلاك ولما في ردها من الإضرار بالمشتري.

ووجه قولنا: أن العين قائمة فلا عدول على البدل كحالة عدم الإيلاد، وأيضاً فانتفاء التعلق بالعين لنصب العدوان سبباً لإزالة الملك؛ لأن عقد البيع والهبة مسبب عنه وسببُ السبب سبب، فكان باطلاً وعليهما مع الرد إرش البكارة إن كانت بكراً ونقص الحمل والولادة ومهر المثل وأجرتها مدة مقامها في يده؛ لأن الجهالة لا أثر لها في إسقاط الحقوق المالية وقد ثبت استحقاق هذه الأمور حالة العلم فليكن حالة الجهل[٤] كذلك.

وإذا نجز هذا ففي الجملة مسائل[٥].

إحداها: للمالك تضمين القدر الواجب من إرش البكارة، والنقص والمهر، والأجر لمن شاء منهما ومن الغاصب، أما الغاصب فظاهر.

وأما هما: فلقبضهما مال غيرهما وإتلافه وانتفاعهما بغير إذنه[٦].

وعن مالك[٧] لا شيء عليهما.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٤٨/٤، ١٤٩)، شرح روض الطالب (٣٦٠/٢، ٣٦١)، مغني المحتاج (٢٩٤/٢).

(٢) هو: عبد الرحمٰن بن القاسم بن خالد العتقي، فقيه الديار المصرية، صاحب المدونة، توفي سنة (١٩١هـ).
انظر: الديباج المذهب (٤٦٥/١ ـ ٤٦٨).

(٣) انظر: المدونة الكبرى (٣٥/٥، ٣٥٢) الكافي في فقه أهل المدينة (٤٣٣).

(٤) انظر: المغني (٣٩٥/٧).

(٥) ذكر الشارح سبع مسائل المسألة الثانية ذكرها إن شاء الله تعالى ص(٩٦) والمسألة الثانية ص(١٠١) والمسألة الرابعة ص(١٠٣) والمسألة الخامسة ص(١٠٣) والمسألة السادسة ص(١٠٦) والمسألة السابعة ص(١١١).

(٦) انظر: المغني (٣٩٣/٧، ٣٩٤)، الشرح الكبير (٤١٨/٥، ٤١٩)، المبدع (١٧٤/٥)، الإنصاف (١٧٠/٦)، كشاف القناع (٩٩/٤).

(٧) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة (ص٣٤٤).

وللشافعية وجه: بأن ليس للمالك مُطالبة الغاصب ابتداءً بالمهر؛ لأنه يجب بإزاء منفعة البُضع وتلك المنفعة لا مدخل لها تحت اليد[١].

ولنا: أن المهر وجب في مقابلة القدر المستوفى من البضع فكان للمالك أخذه من الغاصب لحصول الاستيفاء بتسببه وتسليطه.

الثانية: إذا ضمن المالك المشترى أو المتهب فها هنا حالتان[٢].

إحداهما: أن يضمنا مع ردِّ الأمة إرش البكارة، ونقص الحمل، والولادة، ومهر المثل والأجرة، وفداء الولد، ففي «الكتاب»[٣] لهما الرجوع بكل ذلك على الغاصب.

وقد نص أحمد في رواية جعفر بن محمد[٤] على الفداء[٥]، وفي رواية إسحاق بن منصور على المهر في المشترى، كما سنوردها.

وفيه أيضاً رواية ثانية: بأن ما حصلت له من المنفعة في مقابلة ألّا يرجع به كالأجرة يقابلها الخدمة، والمهر يقابله الوطء، وإرش البكارة يقابله الافتضاض[٦].

وترجم الأصحاب على مجموع ذلك ما التزم ضمانه بالعقد كقيمة

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٤٧/٤، ١٤٨).

(٢) الحالة الثانية سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى ص(١٠٠).

(٣) انظر: المقنع (٢٤٣/٢)، المغني (٣٩٤/٧، ٣٩٥)، الشرح الكبير (٤٢٠/٥، ٤٢١).

(٤) هو جعفر بن محمد النسائي كان من أصحاب الإمام أحمد روى عنه أجزاء صالحة ومسائل كثيرة.
انظر: طبقات الحنابلة (١٢٤/١)، المقصد الأرشد (٢٩٩/١).

(٥) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٤١٢/١)، المغني (٣٩٤/٧)، الشرح الكبير (٤٢٠/٥)، الإنصاف (١٧١/٦).

(٦) انظر: الكافي (٤٠٧/٢)، الشرح الكبير (٤٢١/٥)، المبدع (١٧٦/٥)، الإنصاف (١٧٤/٦).

العين، (والأجرة ألّا يرجع به، وإما لا) فإما أن يحصل له في مقابلته نفع أو لا.

أمّا إن حصل كما قلنا من المهر، والأجرة، وإرش البكارة، ففي الرجوع به روايتان[١]. وأمّا إن لم يحصل كفداء الأولاد، ونقص الولادة فيرجع به[٢]. ولا بد وربما اختلفوا في دخول بعض المفردات بالنسبة إلى بعض الأنواع. كإرش البكارة أدخله المصنف في كتابه الكبير فيما لا يرجع به[٣] وكذلك القاضي، وابن عقيل، وصاحب المحرر[٤] وأدخله أبو الخطاب[٥] والسامري، وصاحب التلخيص، في المختلف فيه[٦] كما ها هنا وهو الأولى؛ لأنه مما أجتمع فيه التغرير وحصول الانتفاع، ولنقص الولادة أدخله القاضي وابن عقيل فيما لا يرجع به[٧] اعتباراً بكونه من قبيل الإتلاف فأشبه تلف العين، وأدخله الباقون فيما يرجع به[٨]، كما في المتن[٩].

---

(١) الروايتان هما: أولاً: لا يرجع به؛ لأن المشتري دخل معه في العقد على أن تبلغه بغير عوض فقد غره فاستقر الضمان على الغاصب كعوض الولد.
الثانية: يرجع بل لأن المشتري استوفى بدل ذلك، فتقرير ضمانه عليه.
انظر: الكافي (٤٠٧/٢)، المغني (٣٩٥/٧، ٣٩٦).

(٢) انظر: المغني (٣٩٥/٧)، الشرح الكبير (٤٢١، ٤٢٢).

(٣) انظر: المغني (٣٩٥/٧).

(٤) المحرر في الفقه (٣٦٢/١)، الإنصاف (١٧٥/٦).

(٥) هو: أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني البغدادي، أحد أئمة المذهب الحنبلي وأعيانه، صنف كتباً حسانا في المذهب والأصول والخلاف، توفي سنة (٥١٠هـ). انظر: طبقات الحنابلة (٢٥٨/٢)، العبر (٢١/٤).

(٦) قول القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر وأبو الخطاب وصاحب التلخيص ذكره المرداوي في الإنصاف (١٧٥/٦).

(٧) في الإنصاف (١٧٦/٦) ذكر بأن ما يرجع به قولاً واحداً نقص الولادة ومنفعة فائته جزم به القاضي وابن عقيل وفي المخطوط ذكر بأن نقص الولادة أدخله القاضي وابن عقيل فيما لا يرجع به.

(٨) انظر: الإنصاف (١٧٦/٦).

(٩) انظر: المقنع (٢٤٤/٢).

وهذا الذي ترجموه إنما هو في البيع، وأما الهبة فمقتضى ما قالوه الرجوع على الإطلاق إلا ما حصل به منفعة.

فإن المصنف[١] ها هنا وصاحب المحرر[٢] أوردا فيه روايتين، وأورد في المغني[٣] وجهين وهو الصواب. فإنه مقيس على نصه[٤].

ثم الأصل في نقل الراويتين في البيع ما قال أبو بكر في فسخ (المغرور) والبكارة بالعيب هل يرجع بالمهر على الغار أو لا؟ قال بهما أحمد: واختياري عدم الرجوع، هذا ما قاله أبو بكر[٥]. ثم ألحق القاضي الأجر بالمهر وطرد الخلاف فيه، وبعده أبو الخطاب إرش البكارة، فأجرى الخلاف فيه.

واعلم أن الرواية بعدم الرجوع في الأصل رجع عنها أحمد[٦].

قال: في رواية بكر بن محمد[٧][٨] قد كنت أذهب إلى حديث علي[٩][١٠] ثم كأني هبته وكأني أميل إلى حديث عمر، ولفظه: «إذا تزوج

---

(١) انظر: المقنع (٢/٢٤٤).
(٢) انظر: المحرر (١/٣٦٢)، الإنصاف (٦/١٧٦).
(٣) انظر: المغني (٧/٣٩٩).
(٤) انظر: الإنصاف (٦/١٧٦).
(٥) انظر: الروايتين والوجهين (١/٤١٢، ٤١٣)، المغني (٧/٣٩٥، ٣٩٦)، الشرح الكبير (٥/٤٢٢)، المبدع (٥/١٧٦).
(٦) انظر: الإنصاف (٦/١٧٥).
(٧) هو: بكر بن محمد النسائي البغدادي أبو أحمد كان الإمام أحمد يقدمه ويكرمه وعنده مسائل كثيرة سمعها منه وبعضها عن أبيه. انظر: طبقات الحنابلة (١/١٩٩، ١٢٠).
(٨) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٤١٣).
(٩) حديث علي هو: (أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء أو بها برص أو بها قرن، فهي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق).
(١٠) أخرجه الدارقطني في: كتاب النكاح (٣/٢٦٧) سنن الدارقطني.

امرأة وبها جنون وجذام[(١)] أو برص[(٢)] فمسها، فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها»[(٣)].

قال القاضي في كتاب الروايتين[(٤)]: رجع عن قوله بحديث علي[(٥)] وهو الغرم بلا رجوع انتهى.

وإذا كان كذلك، فلا يكون عدم الرجوع مذهباً له في شيئ من هذه الأمور أصلاً وفرعاً[(٦)].

وإذا نجز هذا فوجه القول بالرجوع كما هو المذهب: أنهما لم يدخلا مع الغاصب على ضمان الأعواض، فوجب أن يثبت لهما الرجوع لحصول التغرير[(٧)] ويوجبه عدم حال حصول المنفعة كما هو قولي أبي حنيفة وجديد قولي الشافعي[(٨)] أنهما استوفيا بدل الغرم، فلم يكن

(١) الجذام: الجذام: داء معروف تتهافت منه الأطراف، ويتناثر منه اللحم.
انظر: الصحاح (١٨٨٤/٥)، المطلع ص(٣٢٤).

(٢) البرص: بفتح الباء والراء: مصدر برص بكسر الراء: إذا ابيض جلده، أو اسودّ بعلَّة، قال الجوهري: البرص داء، وهو بياض يخالف بقية البشرة.
انظر: المصباح المنير (٥٧/١)، المطلع على ألفاظ المقنع (٣٢٤، ٤١٣)، الصحاح (١٠٢٩/٣).

(٣) أخرجه البيهقي في: باب ما يرد به النكاح من العيوب من كتاب النكاح السنن الكبرى (٢١٤/٧ ـ ٢١٥)، وابن أبي شيبة في: المرأة يتزوجها الرجل وبها برص، من كتاب النكاح المصنف (٤٨٧/٣). كما أخرجه الدارقطني بنفس المعنى وبلفظ مختلف في سنن الدارقطني كتاب النكاح (٢٦٦/٣، ٢٦٧) حديث (٨٢). وجاء فيه أن عمر بن الخطاب ﷺ قال: أيما امرأة غرّ بها رجل، بها جنون أو جذام أو برص، فلها مهرها بما أصاب منها، وصداق الرجل على وليها الذي غره.

(٤) انظر: الروايتين والوجهين (٤١٣/١)، الإنصاف (١٧٥/٦).

(٥) سبق ذكره وتخريجه ص(٩٨).

(٦) انظر: الإنصاف (١٧٥/٦).

(٧) انظر: الروايتين والوجهين (٤١٣/١، ٤١٤)، المغني (٣٩٦/٧)، الشرح الكبير (٤٢٢/٥).

(٨) انظر: روضة الطالبين (١٥١/٤، ١٥٢)، مغني المحتاج (٢٩٤/٢).

لهما الرجوع دفعاً للجمع بين العوض والمعوض وأيضاً فهما متلفان للمنافع فكان القرار عليهما.

وقوله: «**ما حصلت به منفعة**»[١] **يقتضي رجوعهما بما ضمنا من المنافع الفائتة بغير استيفاء.**

وذكره صاحب التلخيص، وقال به الشافعية[٢] في أصح الوجهين، وفي الآخر لا رجوع تنزيلاً للتلف تحت اليد منزلة الإتلاف.

ولنا: أنهما لم يلزما الضمان ولم يتلفا، فوجب لهما استدراك ما غرماه[٣].

إذاً الحالة الثانية: أن يفوت الأمة فيضمنا قيمتها أو يفوت جزءها، فيضمناه.

وإذا للمتهب الرجوع بما ضمن لتغرير الغاصب إياه فإنه لم يلتزم مع الغاصب ضمان عوض[٤]. وفي الكافي[٥][٦] رواية بعدم الرجوع فيما إذا تلف لأنه غرم ما أتلفه[٧]. وأما المشتري، فلا رجوع له ما ضمن ولكن الرجوع بالثمن على كل حال. وبه قال الشافعي[٨].

---

(١) انظر: المقنع (٢/٢٤٤).
(٢) انظر: المهذب (١/٣٧٣)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٦٩).
(٣) انظر: الكافي (٢/٤٠٧)، الشرح الكبير (٥/٤٢١، ٤٢٢)، المبدع (٥/١٧٦).
(٤) انظر: المغني (٧/٣٩٩)، الشرح الكبير (٥/٤٢٣).
(٥) الكافي هو: المتن الثالث لموفق الدين بن قدامة المتوفى سنة (٦٢٠هـ) ألفه لمن فوق المتوسطين من الطلبة، وتميز هذا المتن من بين سائر متون المذهب بسهولة اللفظ ووضوح المعنى. انظر: المدخل المفصل (٢/٧٢٨).
(٦) انظر: الكافي (٢/٤٠٧، ٤٠٨).
(٧) انظر: الإنصاف (٦/١٧٤).
(٨) انظر: شرح روض الطالب (٢/٣٦١)، مغني المحتاج (٢/٢٩٥).

أما أنه لا رجوع له بما ضمن، فلأن الشراء عقد ضمان بمعنى أن المبيع يكون من ضمانه إذا تلف عنده تلف عليه.

وأما أن له الرجوع بالثمن، فلنبيِّن بطلان العقد فكان له استرداد العوض فيه، وأورد على الأول بأن المشتري لم يدخل معه على ضمان القيمة إذا تلف ومعلوم أنه لو لم يكن مغصوباً لما ضمن، فالغاصب مغرر فوجب الرجوع عليه دفعاً للضرر.

والجواب: أن الضرر يندفع باسترداد الثمن وإنما لم يدخل معه على ضمان القيمة؛ لأن الثمن يسلم للغاصب في ظنه فلما لم يسلم له لم يسلم للمشتري ما دخل عليه ولكن ما زاد على الثمن لم يدخل على ضمانه فوجب الرجوع به دفعاً للضرر، وذلك وجه أورده صاحب التلخيص[1] وقال به بعض أصحاب الشافعي[2]، وهو الحق.

المسألة الثالثة:

غرم المالك الغاصب ما قدمنا[3] من إرش البكارة، ونقص الولادة، والحمل، والمهر، والأجرة، وغير ذلك.

ففي الكتاب[4]: يرجع على المشتري بما لا يرجع به المشترى عليه يريد به ما ذكرنا[5] من قيمة العين والأجزاء؛ لأن المشتري دخل معه على أن يكون من ضمانه، فلم يغره فيه..

فأما إرش البكارة، ونقص الولادة: فإن قيل فيهما بعدم رجوع المشترى، فكذلك لما ذكرنا[6].

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/١٧٤).
(٢) انظر: مغني المحتاج (٢/٢٩٤)، روضة الطالبين (٤/١٥٠، ١٥١).
(٣) سبق ذكره ص(٩٢).
(٤) انظر: المقنع (٢/٢٤٤، ٢٤٥).
(٥) سبق ذكره ص(٩٧).
(٦) سبق ذكره ص(٩٧).

وإلا فلا يرجع بهما؛ لأن القرار عليه لتغريره.

وأما الأجر، والمهر: فالصحيح فيهما رجوع المشتري، فلا يرجع فيهما لما تقدم. وإن قيل بعدم رجوع المشترى رجع؛ لأن القرار إذاً على المشتري.

ولا يرجع بفداء الولد، ونقص الحمل، لأن ذلك أثر تغريره حق فالقرار عليه.

وأما الرجوع على المتهب: فلا يثبت في قيمة (ولا أجر) لأن القرار على الغاصب فلا رجوع له، وهل يرجع بالمهر، والأجر، وأرش البكارة؟

وإن قيل برجوع المتهب لم يرجع بها الغاصب لاستقرارها عليه، وإلا لا: رجع؛ لأن القرار إذاً على المتهب[١]، انتهى.

فصل

ولو كانت الموطوءة موصى[٢] بمنافعها، فالمهر للورثة لا للموصي.

لأن البضع لا يدخل تحت الوصية، فالمرتب عليه ملك لمالكه وهذا كالأمة المستأجرة تباح لمالكها دون مستأجرها.

وإن كانت مكاتبة[٣] فالمهر لها لا لسيدها؛ لأنه من اكتسابها.

---

(١) انظر: الإنصاف (١٧٧/٦).

(٢) الوصية لغة: أوصيت له بشيء وأوصيت إليه، إذا جعلته وصيك.
وسميت الوصية وصية، لأن الميت لما أوصى بها، وصل ما كان فيه أيام حياته بما بعده من أيام مماته.
انظر: الصحاح (٢٥٢٥)، المطلع (٢٩٤).
والوصية شرعاً: هي الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده.
انظر: الروض المربع ص(٣٦٣)، المغني (٣٨٩/٨).

(٣) المكاتبة: العبد يُكاتب على نفسه بثمنه، فإذا سعى وأداه عتق.
انظر: الصحاح (٢٠٩/١).
وفي الشرع: بيع سيد عبده نفسه بمال معلوم يصح السلم فيه مؤجل في ذمته بأجلين أو أكثر. =

وإن كان نصفها حرّاً ونصفها رقيقاً: فالمهر بينها وبين نصفين، ذكر ذلك كله ابن عقيل.

وإرش البكارة كالمهر فيما ذكرنا انتهى.

المسألة الرابعة:

ولدت من البائع أو المتهب فالولد حر لاحق النسب، نص عليه أحمد رَحِمَهُ اللهُ من رواية جماعة(١). وقال به الأئمة الثلاثة(٢) وغيرهم لقيام الشبهة باعتقاد الحل فإنه مانع من انعقاد الولد رقيقاً.

المسألة الخامسة:

وجوب بدل الولد وهو الفداء كما سنذكره(٣).

ثبت هذا عن نص أحمد من رواية جماعة منهم إسحاق بن منصور(٤).

والميموني ويعقوب بن بختان(٥)(٦). وقال جعفر بن محمد: سألت

= سميت كتابة لأن السيد يكتب بينه وبينه كتابا بما اتفقا عليه، وقيل: سميت كتابة من الكتب، وهو الضم، لأن المكاتب يضم بعض النجوم على بعض، ومنه سمي الخرز كتابا، لأنه يضم أحد الطرفين على الآخرة بخرزة. انظرك المغني (١٤/ ٤٤١)، الروض المربع (٣٩٢).

(١) انظر: المغني (٧/ ٣٩٤)، المبدع (٥/ ١٧٥)، الشرح الكبير (٥/ ٤٢٠)، الإنصاف (٦/ ١٧١)، كشاف القناع (٤/ ١٠١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/ ١٤٩)، الكافي في فقه أهل المدينة (ص٤٣٣). قول المالكية والحنفية ذكره ابن قدامه في المغني (٧/ ٣٩٤).

(٣) سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى ص(١٠٦ وما بعدها).

(٤) انظر: المغني (٧/ ٣٩٤) (٩٠/ ٤٤١)، الشرح الكبير (٥/ ٤٢٠)، الإنصاف (٦/ ١٧١).

(٥) هو: أبو يوسف، يعقوب بن بختان بن إسحاق بن بختان، من أصحاب الإمام أحمد وأحد الصالحين الثقات، روى عن الإمام أحمد مسائل كثيرة في الورع لم يروها غيره. انظر: طبقات الحنابلة (١/ ٤١٥، ٤١٦).

(٦) انظر: الإنصاف (٦/ ١٧١).

أبا عبد الله عن رجل غصب جارية فباعها من رجل فولدت منه أولاداً ثم استحق قال: يفدي ولده ويرجع على الذي باعه[١].

وفي مسائل صالح[٢]: رجل تزوج أمةً وهو يرى أنها حُرّة، فولدت منه أولاداً ثم جاء المولى فأقام البينة[٣] أنها أمته أَبِقَتْ[٤] من عنده قال: على أبيهم أن يفديهم ويرد الأمة إلى مالكها فإن كان رجل غره منها فعلى الغار الذي غره أن يفدي ولده[٥]. وروى ذلك أيضاً عبد الله[٦] عن أبيه[٧].

وقال في رواية أبي الحارث[٨]: إن أقام المدعي البينة أنها أمته يفرق بينهما وأولاده أحرار ويفديهم الأب.

---

(١) انظر: المغني (٧/٣٩٤)، الشرح الكبير (٥/٤٢٠)، الإنصاف (٦/١٧١).

(٢) هو: أبو الفضل صالح بن الإمام أحمد بن حنبلٍ الشيباني، روى عن أبيه كثيراً من مسائل الفقه وسمع المسند مع أخيه عبد الله ووَلِّي القضاء بأصفهان، توفي فيها سنة (٢٦٦هـ) رَحِمَهُ اللَّهُ وقيل قبلها بسنة. انظر: طبقات الحنابلة (١/١٧٣، ١٧٦).

(٣) البينة: العلامة الواضحة كالشاهد فأكثر أي اثنين، وثلاثة، وأربعة، انظر: المطلع (٤٠٣). في الشرع: قيل هي اسم لما يبين الحق ويظهره، وقد نصب سبحانه على الحق علامات، وأمارات تدل عليه، وتبينه، فمن أهدر العلامات والأمارات بالكلية فقد عطل كثيراً من الأحكام، وضيع كثيراً من الحقوق، والدلالات الظاهرة لا ترد إلا بما هو مثلها أو أقوى منها. انظر: حاشية الروض المربع (٧/٥٧٥، ٥٧٦).

(٤) أَبِقَتْ: الآبق الهارب. أبق العبد، يأبق ويأبق إباقاً. فهو آبق، عن الجوهري قال: الأزهري: الأبق هروب العبد من سيده.: انظر: المصباح المنير (١/٦)، المطلع (٢٣٠)، الصحاح (٤/١٤٤٥).

(٥) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح (٢/١١٦، ١٧٧) مسألة رقم (٦٧٨).

(٦) هو: أبو عبد الرحمٰن عبد الله بن أحمد بن حنبل الشيباني، كان صالحاً صادق اللهجة، كثير الحياء، وضع له عن أبيه مسائل جياد، توفي سنة (٢٩٠هـ). انظر: طبقات الحنابلة (١/١٨٠، ١٨٨)، العبر (٨٦).

(٧) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله (ص٣٣٧) (١٢٤١).

(٨) أبو الحارث هو: محمد بن عبد الله، أبو الحارث الصائغ، ذكره أبو الهلال فقال: وكان يقدمه ويكرمه، وكان عنده بموضع جليل وروى عن أبي عبد الله مسائل كثيرة بضعة عشر جزءاً، انظر طبعات الحنابلة (١/٧٤، ٧٥) المقصد الأرشد (١/١٦٣، ١٦٤).

ومـمـن قـال: بإيجاب البدل في الجملة الأئمة الثلاثة والثوري وأبو ثور[١] وإسحاق بن راهوية[٢] لقضاء عمر وعلي وابن عباس[٣] رضي الله عنهم بذلك[٤]؛ لأنه فوت الرق على المالك باعتقاده فوجب الضمان لأجله، وإنما كان الرق معتبراً في نفس الأمر؛ لأن الولد نماء ملك والنماء له حكم الأصل[٥].

وعن أحمد رواية بانتفاء البدل[٦] قال: إسحاق بن منصور: قلت له في رجل اشترى جارية مسروقة فحملت، قال: الولد للمشتري؛ لأنه مغرور وليس عليه أن يفديهم لأنه شرى وعليه العقر. قلت: المهر؟ قال: نعم ويرجع به على من غرَّه وبدا وجه بأن الولد انعقد حراً ولا قيمة للحر[٧]. والأول المشهور عن أحمد، ولم يعوّل الأصحاب على هذه الرواية[٨].

---

(١) قول الأئمة الثلاثة والثوري وأبو ثور ذكره ابن قدامة في المغني (٩/٤٤١).

(٢) هو: أبو يعقوب. إسحاق بن إبراهيم بن مخلد التميمي المروزي، وابن راهوية، اجتمع له الحديث والفقه والحفظ والصدق والورع والزهد، توفي سنة (٢٣٨هـ). انظر: طبقات الحنابلة (١/١٠٩)، سير أعلام النبلاء (١١/٣٥٨ ـ ٣٨٣)، التقريب ص(٢٧).

(٣) هو: عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، عم رسول الله عليه الصلاة والسلام، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين، ودعا له رسول الله عليه الصلاة والسلام بالفهم في القرآن، فكان يسمى البحر والحبر لسعة علمه، توفي سنة (٦٨هـ). انظر: الإصابة (٢/٣٣٠/ ٣٣٤).

(٤) ما جاء عن عمر وعلي وابن عباس ذكره ابن قدامة في المغني (٩/٤٤١)، وفي مصنف ابن أبي شيبة (٤/٣٦١) كتاب البيوع باب في الأمة تزعم أنها حرة ذكر قضاء عمر بذلك.

(٥) انظر: المغني (٧/٣٩٤)، الشرح الكبير (٥/٤٢٠)، المبدع (٥/١٧٥).

(٦) انظر: المغني (٧/٣٩٤، ٩/ ٤٤١)، الإنصاف (٦/١٧١).

(٧) انظر: المغني (٩/٤٤١) (٧/٣٩٤)، الشرح الكبير (٥/٤٢٠)، الإنصاف (٦/١٧١).

(٨) انظر: الإنصاف (٦/١٧٢).

وقال الخلال[(١)]: أحسبه قولاً قديماً لأبي عبد الله أول[(٢)].

المسألة السادسة:

في الفداء روايات[(٣)].

أحدها: المثل من العبيد[(٤)]:

قال إسحاق بن منصور: قلت لأبي عبد الله في رجل اشترى جارية وهي مسروقة فوقع عليها فحملت ثم جاء صاحبها، قال: يردّ الأمة ويفدي هو ولده بغرة غرة[(٥)].

وروى يعقوب بن بختان عن أبي عبد الله مثل ذلك، وهو اختيار الخرقي[(٦)]، وأبي بكر في التنبيه، والقاضيين أبي يعلى، ويعقوب بن إبراهيم في تعليقهما، وأبي الخطاب في رؤوس مسائله، والشريف أبي القاسم الزيدي[(٧)] وغيرهم[(٨)].

---

(١) هو: أبو بكر أحمد بن محمد بن هارون الخلال، صاحب التصانيف الدائرة والكتب السائرة، وكانت لح حلقة بجامع المهدي، أنفق عمره في جمع مذهب الإمام أحمد وتصنيفه، توفي سنة (٣١١هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (١٢/٢ ـ ١٥)، العبر (١٤٨/٢).

(٢) انظر: المغني (٣٩٤/٧، ٩/ ٤٤١)، الإنصاف (١٧٢/٦)، الشرح (٤٢٠/٥)

(٣) ذكر الشارح أربع روايات: الرواية الثانية سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى ص(١٠٨) والثالثة ص(١٠٩) والرابعة (١١١).

(٤) انظر: المغني (٣٩٤/٧)، الشرح الكبير (٤٢٠/٥)، المبدع (١٧٥/٥)، الإنصاف (١٧٢/٦).

(٥) انظر: المغني (٣٩٤/٧) والشرح الكبير (٤٢٠/٥).

(٦) انظر: المغني (٣٩٤/٧)، المبدع (١٧٥/٥)، الإنصاف (١٧٢/٦).

(٧) هو: الشريف أبو القاسم علي محمد بن علي الهاشمي العلوي الحسيني الحراني الحنبلي الزيدي ولسيما قال أبو الداء كان ثقة ضابطاً مشهوراً توفي سنة (٤٣٣هـ).
انظر: السير (١٧/ ٥٠٥/ ٥٠٦): العبر (١٧٨/٣/ ١٧٩).

(٨) انظر: الإنصاف (١٧٢/٦).

قال القاضي أبو الحسين، والشريف أبو جعفر(١)، وأبو الحسن بن بكروس(٢): وهو أصح.

وقال المصنف في الكافي(٣) ها هنا أعني الغصب، ولم يورد سواه(٤).

والأصل ما روى علي بن مسهر(٥) عن محمد بن إسحاق(٦)، عن يزيد بن عبد الله بن قسيط(٧)، عن سعيد بن المسيب قال: أَبَقَتْ جاريةٌ لرجُل من العرب فانتمت إلى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عُذرة، ثم إن سيدها دب(٨) فاستاقها واستاق ولدها، فاختصموا إلى عمر بن الخطاب فقضا للعذريّ بفداءِ ولده بغرةٍ غُرة، مكان كل غلام بغلام، ومكان كل جاريةٍ بجاريةٍ، فكان عمر يُقَوِّمُ الغُرَّةَ على أهلِ القُرَى ومن لَم يجد غُرةً ستين ديناراً(٩)(١٠).

---

(١) هو: أبو جعفر عبد الخالق بن عيسى بن أحمد الشريف، ينتهي نسبه إلى العباس بن عبد المطلب، برع في المذهب، ودرس وأفتى وصنف، توفي سنة (٤٧٠هـ). انظر: طبقات الحنابلة (٢/٢٣٧ ـ ٢٤١)، العبر (٣/٣٧٢، ٢٧٤).

(٢) هو: علي بن محمد المبارك بن أحمد بن بكروس البغدادي أبو الحسن، تفقه في المذهب وبرع وأفتى وناصر وصنف في المذهب وله كتاب رؤوس المسائل، والأعلام توفي (٥٧٦هـ). انظر: المقصد الأرشد (٢/٢٥٥،٢٥٦).

(٣) انظر: الكافي (٢/٤٠٧).

(٤) انظر: الإنصاف (٦/١٧٢).

(٥) علي بن مسهر هو: أبو الحسن القرشي الكوفي، قاضي الموصل، عبد الرحمٰن بن مسهر، توفي سنة (١٨٩هـ). انظر: سير أعلام النبلاء (٨/٤٨٤، ٤٨٦).

(٦) هو: محمد بن إسحاق هو: أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن يسار المطلبي مولاهم المدني، صاحب السيرة النبوية، توفي سنة (١٥٠هـ). انظر: التقريب ص(٢٩٠)، التهذيب (٩/٣٤).

(٧) هو: يزيد بن عبد الله بن قسيط بن أسامة أبو عبد الله الليثي المدني الأعرج التابعي، ثقة، توفي سنة (١٢٢هـ). انظر: تهذيب التهذيب (١١/ ٢٩٩).

(٨) دب: أي مشى رفيقاً يقال: دب الجيش دبيباً أي سار سيراً ليناً. انظر: المصباح المنير (١/٢٢٤)، المطلع على ألفاظ المقنع (٣٥١).

(٩) انظر: المغني (٩/٤٤٢،٤٤٣).

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة بنفس المعنى ولكن بلفظ مختلف في مصنفه باب في الأمه تزعم =

ولأنه ضمان مولود فوجب بالغرة كما لو سقط ميتاً بجامع الشركة في الفوات وأيضاً فحيوان وجب ضمانه فاعتبرت المثلية منه كجزاء الصيد وأيضاً (**لأن ولد المغرور**)[١] **نحر فلا يقبل التضمين بالقيمة كسائر الأحرار**[٢].

الثانية: القيمة، اختاره المصنف[٣] وحكاه عن نصه من رواية أبي طالب[٤] في النكاح من كتابه الكبير وكذلك اختاره أبو الحسن بن الزاغوني[٥][٦]، وصاحب التلخيص[٧]. قال القاضي في المجرد: وهو أشبه بقوله، لأنه نص على أن الحيوان لا مثل له[٨]. وبه قال الأئمة الثلاثة[٩]؛ لأنه ضمان وجب لفوت الرق فاعتبر بالقيمة كما في نصيب شريكه إذا سرى العتق إليه، وربما فرق بينهما بأن اعتبار المماثلة في صورة العتق مُفْضٍ إلى ضرر الاشتراك في الرقبة وهذا بخلاف، واستدل

= أنها حرة كتاب البيوع (٣٦١/٤) وجاء فيه عن ابن قسيط عن سليمان بن يسار أن أمة أتت قوماً فغرتهم وزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل فولدت منه أولاداً فوجدها أمة فقضى عمر بقيمة أولادها في كل مغرور غرة.

(١) ما بين القوسين زيادة لازمة.
انظر: المغني (٤٤٣/٩).
(٢) انظر: المغني (٤٤٣/٩).
(٣) انظر: المقنع (٢٤٤/٢)، المغني (٣٩٤/٧، ٣٩٥، ٤٤٢/٩).
(٤) المغني (٤٤٣/٩).
(٥) هو: أبو الحسن علي بن عبيد الله بن نصر بن عبيد الله بن سهل الزاغوني البغدادي، صاحب التصانيف، كان من بحور العلم، كثير التصانيف، يرجع إلى دين وتقوى، وزهد وعبادة، توفي سنة (٥٢٧هـ).
انظر: سير أعلام النبلاء (١٩/ ٦٠٥،٦٠٦).
(٦) انظر: الإنصاف (١٧٢/٦).
(٧) انظر: المبدع (١٧٥/٥)، الإنصاف (١٧٢/٦).
(٨) انظر: الإنصاف (١٧٢/٦)، ونسب للقاضي وذكر في المغني (٣٩٤/٧، ٣٩٥، ٩/ ٤٤٣)، المبدع (١٧٥/٥)، إلّا أنهما لم ينسباه له.
(٩) انظر: شرح روض الطالب (٣٦١/٢)، الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٣٣) وقول الأئمة الثلاثة ذكره المرداوي في الإنصاف (١٧٢/٦).

أيضاً بأن الحيوان متقوم غير مثلي، فوجب اعتباره بالقيمة. وهذا إن أريد به ما اصطلحوا عليه من المثلي، فمسلم.

وإن أُريد به مطلقاً، فلا[(١)] بدليل ما ذكرنا[(٢)] من جزاء الصيد وغرة الجنين وإذا نجز هذا، فيجب الاعتبار بيوم الولادة وهو قول الشافعي[(٣)].

وعن ابن موسى[(٤)]: حكاية وجه: بالاعتبار بيوم الحكومة[(٥)][(٦)]. وهو قول أبي حنيفة، وللفرع تعلق بضمان الولد هل يثبت بدون المنع أو لا؟ إن قيل بالثبوت وجب الاعتبار بيوم الولادة؛ لأنه زمن ضمان. وإن لا، فَبِيوْمِ المحاكمة؛ لأن المنع هو الموجب للضمان، فلا يعتبر بما قبله والأخير لا أصل له عندنا، فلا يكون مقتضاه مذهباً[(٧)] وقد مرّ تقرير كونه بولد مضموناً فيتعين تقويمه حينئذٍ ولا بد.

وفي النكاح من المغني[(٨)] أنه قضاء عمر، وعلي، وابن عباس رضي الله عنهم.

ولأن الحكم بالحرية ثابت عند الولادة فالموجب ثابت عند الولادة، فوجب الاعتبار حينئذ وإنما لم يتقدم التقويم على الولادة مع أن الحرية محكوم بها قبل ذلك؛ لأنه متعذر فوجب في أول زمن الإمكان.

الثالثة: تخيير الواطىء بين ما ذكرنا من الأمرين[(٩)]. قال أبو الحسن

---

(١) انظر: المغني (٧/٣٩٤، ٣٩٥، ٩/٤٤٢)، المبدع (٥/١٧٥).

(٢) سبق ذكره.

(٣) انظر: شرح روض الطالب (٢/٣٦٠)، مغني المحتاج (٢/٢٩٤).

(٤) هو: محمد بن أحمد بن أبي موسى الهاشمي القاضي، المتوفى سنة (٤٢٨هـ).
وكتابه الإرشادات في فروع المذهب.
انظر: مفاتيح الفقه الحنبلي (٢/٦٣).

(٥) يوم الحكومة أي يوم يحكم بها على أبيهم فهم أحرار انظر: الإرشاد (ص٢٥٨).

(٦) انظر: الإرشاد (ص٢٥٨)، والإنصاف (٦/١٧٣).

(٧) انظر: المغني (٩/٤٤٢).

(٨) المغني (٩/٤٤٢).

(٩) تقدم ذكره ص(١٠٦ ـ ١٠٨).

الميموني في كتاب مسائله قرأت على أبي عبد الله الأمة تأبق، فتأتي قوماً فتزعم أنها حرة فيتزوجها رجل حر هو وتلد أولاداً ثم يعلم أنها مملوكة. قال: الزوج مغرور فأولاده تبع له؛ لأنه مغرور ولا بد من الفداء إما القيمة أو رأس برأسٍ؛ لأنهما جميعاً يُرْوَيان (عن عمر)[١] ولكن لا أدرى أيّ الإسنادين أجود في القيمة أو رأسٌ برأسٍ إلا أن أحدهما يجري من صاحبه[٢].

وهذه أوردها القاضي في الجامع، وولده أبو الحسين، والشريف أبو جعفر[٣]، والمصنف[٤] في النكاح من كتابه الكبير في آخرين. وهو اختيار أبي بكر في «المقنع» قال الفدية غُرةٌ بقدر القِيمةِ أو القِيمَة[٥].

ووجهها ما نص عليه أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ[٦] من أنهما مرويان، غير أن قوله: لا أدري أي الإسنادين أجود؟ يفيد انتفاءٌ التخيير وبيانه أن الحكم بأجودية أحدهما يقتضي وجوب العمل به؛ إذ العمل بأقوى الدليلين واجب. وإذا وجب العمل بأحدهما دون الآخر انتفى التخيير. وإنما انتفى التعيين لمكان الاشتباه على ما لا يخفى.

وليس في قوله: إلا أن أحدهما يجري من صاحبه ما ينافي هذا، فإن كل واحد من الأمرين عند التردد صالح لأن يكون هو الواجب بالنسبة إلى الاشتباه لا إلى ما في نفس الأمر وإذا وجب أحدهما فعينه في نفس الأمر يصدق عليه أن يكون مجزياً عن الآخر الذي يصلح أن يكون واجباً للاشتباه، وحينئذٍ يكون الغرض أن المجزي أحد هذين

(١) ما بين القوسين زيادة لازمة انظر: المغني (٤٤٣/٩).
(٢) انظر: المغني (٤٤٢/٩).
(٣) انظر: الإنصاف (١٧٣/٦).
(٤) انظر: المغني (٤٤٣/٩)، الإنصاف (١٧٣/٦).
(٥) انظر: المغني (٤٤٣/٩)، الإنصاف (١٧٣/٦).
(٦) انظر: المغني (٤٤٣/٩).

الأمرين لا ما عداهما، والله أعلم(١).

والرواية الرابعة: كل وصيف(٢) بوصيفين أوردهما السامري وغيره عن ابن أبي موسى في مغرور النكاح(٣) قال: لأن ذلك يروى عن عثمان بن عفان رضي الله عنه(٤).

المسألة السابعة:

إذا قيل بالمثل على الصحيح.

ففي الكتاب(٥) اعتبار المماثلة في الصفات تقريباً من غير نظر إلى القيمة وقد صرح به القاضي فقال: سواءٌ صادف قيمة الولد أو زاد عليه أو نقص على ظاهر كلام أحمد(٦).

وإنما اعتبر تماثل الصفات لأنه الذي دل عليه صيغة المثل بالحقيقة وكان على التقريب لتعذر المماثلة من كل وجهٍ أو لندورها وهذا أشبه من منع التسليم في الحيوان وإنما تقع المماثلة العامة في المكيلات والموزونات فمما وجب إعتباره في المماثلة الذكورة والأنوثة(٧) لقول عمر رضي الله عنه: «كل غلامٍ بغلامٍ وكل جاريةٍ بجاريةٍ»(٨)؛ ولأن ذلك عام الوجود فوجب اعتباره لإمكانه.

---

(١) انظر: المغني (٩/٤٤٣).

(٢) الوصيف: الخادم غلاماً كان أو جارية. انظر: الصحاح (٤/١٤٣٩).

(٣) انظر: الإرشاد ص٢٨١، الإنصاف (٦/١٧٣).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة بنفس المعنى وبلفظ مختلف في مصنفه كتاب البيوع باب الأمة تزعم أنها حره (٤/٣٦١) وجاء فيه: أن أمة أتت طياً فزعمت أنها حرة فتزوجها رجل ثم إن سيدها ظهر عليها فقضى عثمان أنها وأولادها لسيدها، وجعل لزوجها ما أدرك من متاعها وجعل فيهم السنة أو الملة في كل رأس رأسين.

(٥) انظر: المقنع (٢/٢٤٤).

(٦) انظر: الإنصاف (٦/١٧٢).

(٧) انظر: المغني (٧/٣٩٤)، (٩/٤٤٢).

(٨) قول عمر رضي الله عنه سبق ذكره ص(١٠٧).

وكذلك الجنس والسن، وقد صرح بهما القاضي[١] وابن عقيل والمصنف في الكتاب الكبير عن مدلول كلام الخرقي[٢].

أما الجنس: فظاهر لأنه متيسر الوجود. وأما السن: فلا يخلو من نظر وبحث[٣].

وأورد السامري وصاحب التلخيص وجهاً باعتبار المماثلة في القيمة[٤] وهو بالاحتمال الذي أورده المصنف[٥] ها هنا، وأبو الخطاب في كتابه[٦]، وأثبته صاحب المحرر[٧] رواية ونسب أيضاً إلى اختيار أبي بكر[٨] لما ذكرنا[٩] من تعذر تماثل الصفات من كل وجه. والغرض من مماثلة الصفة تساوي المقدارين، وذلك لا يتحقق بالصفة فوجب اعتباره بالقيمة لأنه أضبط.

فصل

وإن انفصل الولد ميتاً، فلا ضمان على المشتري أو المتهب على ما تقدم، وكذلك لو انفصل ميتاً في يد الغاصبن وإن حصل الموت لجناية جان فقد تقدم الكلام في مثله[١٠].

---

(١) انظر: الإنصاف (١٧٢/٦).
(٢) انظر: المغني (٣٩٤/٧).
(٣) انظر: الإنصاف (١٧٢/٦).
(٤) انظر: الإنصاف (١٧٢/٦).
(٥) انظر: المغني (٣٩٤/٧)، الإنصاف (١٧٢/٦).
(٦) انظر: الإنصاف (١٧٢/٦).
(٧) المحرر (٣٦٢/١)، الإنصاف (١٧٢/٦).
(٨) انظر: المغني (١٩٤/٧)، المبدع (١٧٥/٥)، الإنصاف (١٧٢/٦) قول الحارثي.
(٩) سبق ذكره.
(١٠) سبق ذكره.

فصل

وكسب الرقيق إذا أغرمه المشتري هل يرجع به على الغاصب؟ فيه ما مر في المهر[١]. وكذا ما لو كان المغصوب شاة، فنتجت أو شجرة فأثمرت في يد المشتري وأكله ثم غرمه هل يرجع به؟ فيه الخلاف السابق. ومثله ما لو استرضع المشتري الأمة في ولد الغير أو في ولده وغرم أجرة ذلك. وإن تلف النماء والكسب تحت يده فهو كما إذا لم يستوف المنافع المغروم أجرها يرجع به على ما مر. والمتهب كالغاصب فيما ذكرنا. والله أعلم.

قال: (وإن ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته، وهل يرجع بها الغاصب؟ على روايتين[٢][٣] إذا زوج الغاصب الأمة المغصوبة، فوطئها الزوج جاهلاً بالغصب ففيه المهر مضموناً للمالك يأخذه ممن شاء منهما، فإن أخذ من الزوج فهل يرجع به على الغاصب؟ فيه رواية المغرور بالحرية في النكاح. والمذهب الرجوع فإن أخذ من الغاصب ففي رجوعه وجهان مرتيان إن قيل برجوع الزوج لم يرجع، وإلّا رجع.

وإن أولدها فالولد رقيق لأنه دخل على كونها أمة ويجب ردّه على المالك إن كان حياً، وإن تلف وهو مسألة الكتاب[٤] ففيه القمية للمالك يأخذها ممن شاء من الغاصب والزوج، أما الغاصب فلغصبه، وأما الزوج فلإثبات يده على ملك غيره بغير إذنه وتلفه عنده، فإن ضمن الزوج

---

(١) سبق ذكره ص(٦٧) وما بعدها.

(٢) الرواية الأولى: أنه يرجع على الغاصب لأنه غره لكونه دخل على أن الولد إن تلف فهو من ضمان مالك للجارية لأنها مملوكته.
الرواية الثانية: لا رجوع لأن التلف حصل في يده، أشبه تلف الجارية انظر: المبدع (١٧٧/٥).

(٣) انظر: المقنع (٢٤٥/٢).

(٤) انظر: المقنع (٢٤٥/٢)، الشرح الكبير (٤٢٢/٥).

رجع على الغاصب لتغريره حيث دخل الزوج على أن لا يضمنه وإن ضمن الغاصب لم يرجع لعلها كذلك[١].

وقال في الكتاب[٢]: هل يرجع على الغاصب؟ على روايتين أي على ما تقدم[٣] فيما إذا ضمن المشتري ما حصل له به نفع[٤]. ذكر شيخنا أبو الفرج المقدسي[٥] في شرحه[٦] وطرد الخلاف ها هنا بناء على ما قاله، غير متجه، فإن الولد لا منفعة له فيه لانتفاء حريته ولكونه ملكاً لغيره.

ومن الأصحاب من وجه عدم الرجوع بحصول التلف في يده، ولا يصح لأنه دخل على كون الولد أمانة في يده فلا يكون مجرد التلف مفيداً لعدم الرجوع والصواب ما قلنا أولاً. وقول المصنف[٧] ضمنه بقيمته أي في الجملة لا بمعني أنه أصيل فلا يرجع والله أعلم.

فصل

ماتت الأمة في حيال الزوج فقرار الضمان على الغاصب أيضاً لدخول الزوج معه على الأمانة[٨] قال النبي ﷺ: **«فإنَّكم أخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللهِ واسْتَحلْلتُمْ فَرَوجَهُنَّ بِكَلِمة الله»**[٩].

---

(١) كشاف القناع (٤/١٠١، ١٠٢).

(٢) انظر: المقنع (٢/٢٤٥).

(٣) أي سبق ذكره في المتن نفس الصفحة.

(٤) انظر: الإنصاف (٦/١٧٨).

(٥) هو: عبد الرحمن بن إبراهيم بن عبد الله بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة، المقدسي. عز الدين أبو الفرج كان له معرفة تامة بالفرائض ومتعلقاتها. انظر: المقصدالأرشد (٢/٧٩، ٨٠).

(٦) انظر: الشرح الكبير (٥/٤٢٢).

(٧) انظر: المقنع (٢/٢٤٥).

(٨) انظر: كشاف القناع (٤/١٠٢).

(٩) أخرجه مسلم من رواية جابر بن عبد الله ﷺ في الصحيح (٢/٨٦٦، ٨٨٧) ضمن =

فرع

استخدمها الزوج وغرم الأجرة لا يرجع على الغاصب لانتفاء تغريره؛ لأن التزويج لا يفيد الاستخدام فوجب القرار عليه[١].

فرع آخر

لو ضمن ما فات من المنافع رجع به لأن الضمان إنما يستقر بالاستيفاء، وذلك منتفي.

فصل

زوج المشتري فوطىء جاهلاً ففيه ما قلنا[٢] من المهر يأخذه المالك ممن شاء، من الغاصب والمشتري والزوج، إن أخذ من الزوج ففي رجوعه على المشتري روايتا المغرور. وإن أُخذ من المشتري ففي رجوعه على الزوج الوجهان المرئيان.

إن قيل برجوع الزوج: لم يرجع، ولكن يرجع على الغاصب في الأصح لتغريره.

وإن قيل بعدم رجوع الزوج: رجع المشتري عليه بمهر، وعلى الغاصب بمهر آخر؛ لأن المشتري دخل معه على سلامة المنافع وأعواضها فاستحق لنفسه بذلك مهراً، كما استحقه المالك بملكه واستحق مهراً آخر لأنه غرمه.

وإن أخذ من الغاصب لم يرجع بحال لأنه إن قيل بالقرار عليه

= حديث طويل في حجة الوداع في باب: حجة النبي ﷺ، من كتاب الحج.

(١) انظر: كشاف القناع (١٠٢/٤)

(٢) تقدم ذكره ص(١١٣).

فظاهر ويرجع المشترى عليه بالمهر الذي أوجبه عقد البيع حيث تعذر أخذه من الزوج للغرور وإن قيل بالقرار على الزوج لم يرجع المشتري على الغاصب بشيء ويرجع على الزوج إن لم يكن قبضه منه، وإن تكرر الوطء لتكرر النكاح تعدد وجوب المهر فيه على ما فصلناه.

فصل

أعتقها المشتري وزوجها ووطيء جاهلاً، ففيه المهر كما مر[١] يأخذه المالك ممن شاء من الثلاثة والقرار والرجوع على ما تقدم[٢]، وإن ولدت فالولد حر عليه فداءه للمالك وقراره على الغاصب يرجع به الزوج على المشتري، والمشتري على الغاصب.

قال: (وإن أعارها[٣] فتلفت عند المستعير: استقر ضمان قيمتها عليه وضمان الأجرة على الغاصب[٤] انتهى.

إذا أعار الغاصب العين فإن علم المستعير الحال فغاصب عليه ما على الأصيل، وإن جهل فمضمونة أيضاً إذ العارية عقد ضمان فتقرر القيمة عليه بالتلف يأخذها المالك منه أو من الغاصب إن شاء ثم يرجع الغاصب على المستعير ولا يرجع هو على أحد[٥]، ومذهب الشافعي كما ذكرنا[٦].

---

(١) سبق ذكره ص(١١٤).
(٢) سبق ذكره ص(١١٤).
(٣) سبق تعريفه في الجزء الثاني.
(٤) انظر: المقنع (٢/٢٤٥).
(٥) انظر: المغني (٧/٣٩٨)، الشرح الكبير (٥/٤٢٣)، المبدع (٥/١٧٧)، الإنصاف (٦/١٧٨)، كشاف القناع (٤/١٠٢).
(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/١٥٢).

وأما المنافع فمضمونة العوض لكونه مالاً فيأخذه المالك ممن شاء والقرار على الغاصب وهو ما أورد في المتن[(١)] وأحد قولي الشافعي[(٢)] إعتباراً بتغريره حيث دخل المستعير على الانتفاع مجاناً. وذكر المصنف في كتابيه[(٣)] وجهاً بالقرار على المستعير وهو الأظهر من قولي الشافعي لاستيفاء بدل المغروم والحكم في الأجزاء الذاهبة بالاستعمال كالحكم في المنافع.

فصل

وإن أجرها[(٤)] الغاصب طالب بها المالك من يشاء ثم إن علم الغصب فغاصب كما في مثله، وإن جهل فتلفت في يده فقرار الضمان على الغاصب لتغريره، وإن أتلف أعني المستأجر فالقرار عليه لأنه المتلف، وأما الأجرة فللمالك أخذها ممن شاء كما في العين فإن أخذ من المستأجر لم يرجع على الغاصب، كما لا يرجع المشتري على الغاصب بالقيمة المعروفة للمالك لدخول المستأجر معه على أن المنفعة تتلف عليه[(٥)].

لكن إن قبض الغاصب المسمَّى رده وفيه وجه يرجع على الغصب

(١) انظر: المقنع (٢/٢٤٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/١٥٢).

(٣) انظر: المغني (٧/٣٩٨).

(٤) الإجارة: بكسر الهمزة مصدراً جره بأجره أجراً وإجاره، فهو مأجور هذا المشهور.
انظر: المطلع ص(٢٦٣). وهي في الشرع: عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة أو موصوفةٌ في الذمة مدة معلومة أو عمل معلوم بعوض معلوم. انظر: الروض المربع ص(٣١٨).

(٥) انظر: المغني (٧/٣٩٧)، الكافي (٢/٤٠٨)، الشرح الكبير (٥/٤٤١، ٤٤٢).

بما زاد على المسمى لأنه لم يدخل معه عليه وهو أصح. وإن أخذ المالك من الغاصب رجع الغاصب على المستأجر بما لا يرجع به المستأجر عليه[١]، وبذلك كله قال أصحاب الشافعي[٢].

فصل

نقلها الغاصب على جهة الائتمان كالإيداع[٣]، والدفع إلى الوكيل للتصرف فيها ونحو ذلك ففيه ما مر[٤] من مطالبة المالك من شاء، وقرار الضمان حالة العلم على من حصل التلف في يده، وفي الأجرة على من تلفت المنفعة في يده، وأيضاً الغاصب مطالب بها كيف كان ولا يطالب المؤتمن بما زاد على مدته لانتفاء السبب حينئذٍ، وأما حالةُ الجهلِ فالقرار على الغاصب أجراً وعيناً لتغريره[٥].

فصل

والغاصب من الغاصب حُكمه حكمه، إلّا أنه لا يطالب بما زاد على مدته والقرار على من حصل التلف في يده منهما[٦].

---

(١) انظر: المغني (٣٩٧/٧)، الكافي (٤٠٨/٢)، الشرح الكبير (٤٤١/٥، ٤٤٢).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٥٢/٤).

(٣) الوديعة هي: فعليه بمعنى مفعولة، من الودع، وهو الترك.
أودعتك الشيء: جعلته عندك وديعة، وقبلته منك وديعة، فهو من الأضداد.
انظر: المصباح المنير (٨١٣/٢). المطلع على ألفاظ المقنع ص(٢٧٩).

(٤) سبق ذكره ص(١١٦).

(٥) انظر: المغني (٣٩٧/٧، ٣٩٨)، الإنصاف (١٧٩/٦)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٦/٣).

(٦) انظر: الإنصاف (١٧٩/٦)، كشاف القناع (١٠٢/٤، ١٠٣)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٧/٣).

فصل

وعلى من قبضها من الغاصب ممن ذكرنا من غاصب، ومشتر، ومودع، ومستعير ردّها على المالك إن أَمِنَ التبعة[١]، ولا يبرأ بالرد على الغاصب.

قال عبد الله: سألت أبي عن رجل استودع رجلاً ألف درهم، فلما كان بعد جاء رجل إلى المستودع، فقال: إن فلاناً غصبني على الألف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع (أيردّها على الذي استودعه أو على صاحبها؟)[٢] فقال أبي: إن لم يخف التبعة قال لي: التبعة أن يرجعون بها عليه من المستودع، ومن ورثته وصح عنده أنها مغصوبة من المدعى دفعها إليه[٣].

وفي رواية يعقوب بن بختان[٤] أن أبا عبد الله سئل عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فجاء رجل إلى المستودع، فقال: إن فلاناً غصبني على الذي استودعك وصح ذلك عند الرجل أيردّها على الذي استودعه أو على صاحبها؟ فقال: إن لم يخف التبعة من المستودع أو من ورثته وصح عنده أنها غصبٌ دفعها إليه؛ يعني: المدعي.

وقال عبد الله أيضاً: سألت أبي عن رجل اشترى جارية، فصح عنده: أن الذي باعه اغتصبها من رجل. يردها على مولاها الأول أو على الذي اشتراها منه قال: إذا صح عنده، أنها له دفعها إليه[٥].

---

(١) التبعة: التبِعة، والتَّبَعَة، والتباعة: مايتبع به الإنسان من غرامة.
انظر: المطلع (٢٩٨)، الصحاح (١١٩٠/٣)

(٢) ما بين القوسين زيادة لازمة انظر مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله(٩٩٣/٣).

(٣) انظر: مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله (٩٣٣/٣) مسألة رقم ١٣٥٤.

(٤) في مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله رواية مثل رواية يعقوب بن بختان انظر: مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله (٩٣٣/٣).

(٥) انظر: مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله (٩٩٤/٣) مسألة رقم (١٣٥٥٤).

وروى يعقوب أيضاً أن أبا عبد الله: سئل عن رجل غصب رجلاً مالاً فاشترى به جارية، فصح عند المشتري أن الذي باعه اغتصبها من رجل يردها على الذي اشتراها منه أو على مولاها؟ قال: إذا عنده أنها له دفعها إليه إلّا أن يخلف التبعة[١].

وممن قال بالرد على المالك. الثوري، والشافعي، وعبد الله بن المبارك[٢]، وقال أبو حنيفة: يراد بالرد على الغاصب، لأنه له يداً على المحل وهو محتاج إلى إبقائها ليرد على المالك، فكان الرد عليه صحيحاً.

ولنا: قول النبي ﷺ: «**وإذا أخذ أحدكم عصى أخيه فليردها عليه**» أخرجه أبو داود والترمذي[٣]. وهو عام فيما أخذه منه وأخذه بواسطة.

وروى موسى بن السائب[٤] عن قتادة عن الحسن عن سمرة بن جندب[٥] قال: قال رسول الله ﷺ: «**من وجد عين ماله عند رجل فهو**

---

(١) في مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله رواية مثل رواية يعقوب بن بختان انظر: مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله (٩٣٣/٣).

(٢) هو: عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلى التميمي مولاهم أبو عبد الرحمٰن المروزي، أحد الأئمة، ثقة، ثبت، فقيه، عالم، جواد، مجاهد، مات سنة (١٨١هـ). انظر: التهذيب (٣٣/٥)، التقريب (٤٤٥/١).

(٣) أخرجه برواية عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أبو داود في: باب من يأخذ الشيء على المزاح، من كتاب الأدب.
سنن أبي داود (٥٩٧/٢)، كما أخرجه الترمذي في: باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً، من أبواب الفتن.
انظر: جامع الترمذي مع العارضة (٥/٩).

(٤) هو: موسى بن المسيب أو السائب الثقفي أبو جعفر الكوفي البزار، صدوق لا يلتفت إلى الأزدي في تضعيفه.
انظر: التقريب (٣٥٢)، والتهذيب (٣٣٢/١٠).

(٥) هو سمرة بن جندب بن هلال بن جريج الفزاري، حليف الأنصار، صحابي مشهور، له أحاديث، مات بالبصرة سنة (٥٨هـ).
انظر: الإصابة (٧٨/٢، ٧٩)، التقريب ص(١٣٧).

أحق به ويتبع البائع من باعه»(١) أخرجه أبو داود والنسائي وإسناده جيد.

قال أحمد: من رواية الأثرم(٢) موسى بن السائب ثقة.

وروى عنه شعبة(٣) وهو ظاهر فيما ذكرنا وإن لم يأمن تبعة الغاصب أو ورثته لم يجب الدفع إلى المالك بانفراده وقد مدَّ نص أحمد عليه دفعاً للضرر لكن يجمعها ويسلمها كذلك. انتهى.

قال في رواية عبد الله(٤): إن خاف التبعة جمعها بحضرة قوم فدفعها إليه، وذلك إذا أصح.

وقال في رواية بن بختان(٥): إن خاف التبعة جمعها بحضرة قوم فدفعها إليهم إذا صح عنده أنها مغصوبة.

وقال علي بن سعيد(٦): سألت أحمد عن رجل غصب من رجل

---

(١) أخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود في: باب في الرجل يغلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من كتاب البيوع. سنن أبي داوود (٢٥٧/٢)،وأخرجه النسائي في: باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق، من كتاب البيوع. المجتبى (٢٧٦/٧).
ملحوظة:
والحديث أخرجه الشيخان عن أبي هريرة ﷺ بلفظ: **«من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق من غيره»**. وللحديث طرق وألفاظ مختلفة.

(٢) هو: أبو بكر أحمد بن محمد الإسكافي الأثرم الطائي، أحد الأعلام، صاحب السنن وتلميذ الإمام أحمد وكان عالماً بالحديث وعِلَلِهِ وحافظاً للفقه ومسائله. نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة وصنفها ورتبها أبواباً، توفي سنة (٢٦١هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (٦٦/١)، العبر (٢٢/٢).

(٣) هو: شعبة بن الحجاج بن الورد العتكي مولاهم أبو بسطام الواسطي ثم البصري، ثقة، حافظ، ومتقن، كان الثوري يقول: هو أمير المؤمنين في الحديث، وهو أول من فتش بالعراق عن الرجال وذب عن السنة، وكان عابداً مات سنة (١٦٠هـ). انظر: التقريب (١٤٥)، التهذيب (٣٣٨/٤).

(٤) انظر: مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله(٩٩٤/٣) مسألة رقم (١٣٥٥).

(٥) في مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله رواية مثل رواية يعقوب بن بختان انظر: مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله، الموضع السابق.

(٦) هو: أبو الحسن علي بن سعيد بن جرير النسوي «النسائي» من أجلّاء أصحاب الإمام =

ضيْعَةً فغصبت من الغاصب فأراد الغاصب الثاني أن يردها على من يردها؟ قال: إن علم أنها كانت للأول وإن هذا غصب منه لعلها جمعها فردها عليهم جميعاً، وإن كان مات أحدهما جمع ورثته، انتهى.

وهذه الظواهر مفيدة لعدم استقلال الغاصب بالتسليم، وفي بعضها استقلال المالك به وهو الأصل، فإنه المستحق للعين دون غيره والبدل كالعين فيما ذكرنا وفاقاً وخلافاً لقيامه مقامها. لكن عن أبي يوسف ها هنا لا يبرأ بالرد على الغاصب إلّا بحكم حاكم قال: لأن الضمان وجب للمالك، فلا يسقط بدون الرد عليه. انتهى.

قال: (وإذا اشترى أرضاً، فغرسها[1]، أو بنى فيها، فخرجت مستحقة[2] فقلع غرسه وبناءهُ: رجع المشتري على البائع بما غرمه، ذكره القاضي في القسمة[3][4]).

إذا غرس المشتري وبنى في الأرض المغصوبة جاهلاً بالغصب فللمالك قلع غرسه وبنائه مطلقاً هذا المعروف من المذهب[5]. وهو داخل في عموم نصوص أوردناها عن أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ في مسألة غرس

= أحمد، روى عنه جزأين من المسائل، توفي سنة (٢٥٧هـ) انظر: طبقات الحنابلة (٢٢٤/١).

(١) فغرس: يقال غرست الشجر غرسته غرساً.
والغِراسُ: فسيل النخل، وهو أيضاً وقت الغرس. ويقال للنخلة أول ما تنبت: غريسة. انظر: الصحاح (٩٥٥/٣).

(٢) مستَحَقة: بفتح الحاء اسم مفعول، تقول: استحق فلان العين، فهي مستَحقة إذا ثبت أنها حقه. انظر: المطلع (٢٧٥).

(٣) القسمة: قال الجوهري: القَسْمُ: مصدر قَسَمْتُ الشيء فانَقَسَم، وقَاسَمَهُ المالَ، وتقاسماهُ واقتسماهُ، والاسم القِسْمَةُ، يعنى بكسر القاف.
والقِسْمُ بكسرها أيضاً: النصيب المقسوم.
انظر: المطلع (٤٠١/١، ٤٠٢)، الصحاح (٢٠١٠/٥، ٢٠١١).

(٤) المقنع (٢٤٥/٢، ٢٤٦).

(٥) انظر: الإنصاف (١٨٤/٦).

الغاصب وبنائه وهو قول مالك[١]، والشافعي[٢]، وغيرهما. وعن أحمد: لا يقلع بل يأخذه بقيمته[٣].

قال حرب[٤]: سألت أحمد، قلت: رجل اشترى من رجل فعمل فيها وغرس ثم استحقها آخر؟قال: يرد عليه قيمة الغرس أو نفقته وليس هذا مثل الذي يغرس في أرض غيره، فيقلع غرسه[٥].

وأورد صاحب «المحرر» وغيره[٦] عنه بأن ليس له القلع إلّا أن يضمن نقصه. ووجه: بأنه مغرر منفي الحرج فلا يكون مستحقاً لإزالته مجاناً كما في غراس المستعير بعد الرجوع، وإذا يرجع المالك على الغاصب بما غرم من القيمة[٧]؛ لأنه أثر عدوانه. ووجه الأول وهو الأصح إن تبينا كونه موضوعاً بغير حق، فيدخل في عموم قوله ﷺ **«ليس لعرق ظالم حق»**[٨].

---

(١) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/١٤٧، ١٤٨).

(٢) انظر: فتح العزيز (١١/ ٢٤٤).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لابن رجب (١٥٥)، قاعدة ٧٧، الإنصاف (٦/١٨٤)، حاشية الروض المربع (٥/٤٠٠).

(٤) هو: حرب بن إسماعيل بن خلف الحنظلي الكدماني، حافظ، فقيه، بلغت مسائله عن الإمام أحمد وإسحاق بن راهوية أربعة آلاف مسألة. ذكر أنه كان يحفظها قبل أن يقدم على الإمام أحمد. انظر: طبقات الحنابلة (١/١٤٥، ١٤٦)، المنهج الأحمد (١/٣٩٤، ٣٩٥).

(٥) انظر: القواعد الفقهية (ص١٥٥) قاعدة (٧٧)، الإنصاف (٦/١٨٤، ١٨٥).

(٦) انظر: المحرر في الفقه (١/٣٦٢)، الإنصاف (٦/١٨٤).

(٧) انظر: القواعد الفقهية (١٥٥)، المبدع (٥/١٧٨).

(٨) أخرجه البخاري في: باب من أحيا أرضاً مواتاً، من كتاب الحرث. صحيح البخاري (٣/١٤٠)، وأبو داود في باب: في إحياء الموات، من كتاب الإمارة.
سنن أبي داود (٢/١٥٨).
والترمذي في: باب ما ذكر في إحياء أرض الموات، من أبواب الأحكام. عارضة الأحوذي (٦/١٤٦)، الإمام مالك في: باب القضاء في عمارة الموات، من كتاب الأقضية. الموطأ (٢/١١٤) والإمام أحمد في: المسند (٥/٣٢٧).

ولأنه شغل ملك الغير بغير إذن فوجب تفريغه كما في شغل الدار بالأمتعة ولا يرد إضرار المشتري لاندفاعه بما سنذكره[١] من الرجوع مع أنه مقابل بإضرار المالك.

وإذا تقابلا ضرراً تعين مراعاة المالك لملكه، فإنه مانع من انتفاع الغير به بدون إذن، وإذا تقرر هذا فللمالك معه ما نقصت الأرض، وأجرتها، وتسوية حفرها، ونحو ذلك، يأخذه ممن شاء من الغاصب والمشتري والقرار على الغاصب إن أخذ من المشتري رجع عليه[٢]، وهو الوارد في المتن[٣].

وقال به الشافعية[٤]: في أظهر الوجهين، وفي الآخر لا يرجع بإرش النقص كما لا يرجع بما أنفق على العمارة، وكأنه بالبناء والغرس أتلف ماله.

ولنا: أنه دخل معه على ظن السلامة لاقتضاء العقد ذلك، فوجب الرجوع لتغريره.

ومما يرجع به قيمة الغراس غير مقلوع إن تلف، وأرش نقصه إن نقص ذكره أصحابنا لمكان الغرور، وكذلك المغروم في مؤنة القلع[٥]. لذلك قال ابن أبي موسى[٦]: ولا يلزم المشتري رد ما حصل له من

---

(١) سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى ص(١٢٤).

(٢) انظر: المحرر (٣٦٢/١)، الشرح الكبير (٣٨٧/٥)، الإنصاف (١٣٧/٦)، كشاف القناع (١٠٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٠/٣) حاشية الروض المربع (٣٩٩/٥، ٤٠٠).

(٣) انظر: المقنع (٢٤٥/٢).

(٤) انظر: المهذب (٣٧١/١، ٣٧٢)، روضة الطالبين (١٣٦/٤)، المجموع شرح المهذب (٢٥٦/١٤).

(٥) انظر: كشاف القناع (١٠٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٣٩٠/٣)، حاشية الروض المربع (٣٩٩/٥، ٤٠٠).

(٦) انظر: الإرشاد ص(٢٥٨).

غلتها. وفي التلخيص: لا يرجع بما أنفق قال: لأن ذلك يختلف بتفاوت الناس. وأما الثمن، فله استرداده بغير إشكال لاسترداد الثمن منه.

قال: (وإن أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه، وإن لم يعلم، وقال له الغاصب: كله فإنه طعامي، استقر الضمان على الغاصب، وإن لم يقل ففي أيهما يستقر عليه الضمان؟ وجهان)[١][٢].

إذا غصب طعاماً وقدمه إلى ضيفه فأكله ضمن المالك من شاء من الغاصب والآكل.

ثم إن اقترن بالأكل العلم للحال، فقرار الضمان على الآكل بغير خلاف؛ لأنه غاصب متلف.

وإن اقترن به الجهل: فإما أن يتعرض الغاصب لإضافة الملك إليه أو لا[٣]، إن لم يتعرض فأورد المصنف[٤] في أيهما يستقر الضمان عليه وجهان.

وفي الكتاب الكبير روايتان[٥]: الأولى عبارة الأكثر وهما بمعنى، فإنهما مأخوذان من روايتي المغرور، فباعتبار التخريج روايتان وباعتبار القياس المطلق وجهان.

إحداهما: القرار[٦] على الغاصب: إن ضمن الأكل رجع عليه،

---

(١) الوجهان هما: الأول: يستقر الضمان على الغاصب وهو المذهب. والثاني: يستقر الضمان على الآكل. انظر: المغني (٤١٨/٧، ٤١٩)، الشرح الكبير (٤٢٤/٥)، المبدع (١٧٨/٥)، الإنصاف (١٨٦/٦).

(٢) انظر: المقنع (٢٤٦/٢).

(٣) انظر: المغني (٤١٨/٧)، الشرح الكبير (٤٢٤/٥)، المبدع (١٧٨/٥)، الإنصاف (١٨٥/٦، ١٨٦)، كشاف القناع (١٠٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٨/٣، ٨٨٩)، حاشية الروض المربع (٤٠٠/٥، ٤٠١).

(٤) انظر: المقنع (٢٤٦/٢).

(٥) انظر: المغني (٤١٨/٧، ٤١٩).

(٦) القرار: المستقر من الأرض، والقرار في المكان الاستقرار فيه تقول منه: قرِرتُ بالمكان. انظر: الصحاح (٧٨٨/٢، ٧٩٠).

وإن ضمنه هو لم يرجع على الآكل ونسب إلى أنه ظاهر كلام الخرقي(١)، وهو أحد قولي الشافعي(٢) لتغريره حيث قدم الطعام (مُوهِماً أنه له وأطعمه على أن لا يضمنه)(٣) وإن لا بدل على أكله.

والثاني: القرار على الآكل(٤): وهو قول أبي حنيفة(٥)، والشافعي(٦) في أصح القولين والمزني لإتلافه دعوى المنفعة إليه، فهو بذلك مستوف لما غرمه.

وأما إن تعرض بأن قال: هو ملكي، ونحو ذلك فالقرار عليه؛ أعني: الغاصب إن ضمن الأكل رجع عليه، وإن ضمنه هو لم يرجع على أحدٍ على ما قال المصنف(٧): وعلل بإعترافه بأن الضمان باقٍ عليه، وأنه لم يلزم الآكل شيء(٨).

وقال القاضي، وأبو الحطاب، والسامري: إن ضمن الأكل ففي رجوعه على الغاصب روايتا المغرور(٩) ووجهها ما تقدم(١٠). وإن ضمن

---

(١) انظر: المغني (٤١٨/٧، ٤١٩)، الشرح الكبير (٤٢٤/٥)، المبدع (١٧٨/٥)، الإنصاف (١٨٦/٦).

(٢) انظر: المهذب (٣٧٣/١)، روضة الطالبين (١٠٠/٤)، مغني المحتاج (٢٨٠/٢)، المجموع (١٤/ ٢٧٠).

(٣) في هذا الموضع يوجد سقط ربما يكون أحد قولي الشافعية أن القرار على الغاصب إن ضمن الأكل رجع عليه لأنه غره حيث قدم الطعام مؤهما أنه له وأطعمه على أن لا يضمنه.

(٤) انظر: المغني (٤١٩/٧)، الشرح الكبير (٤٢٤/٥)، المبدع (١٧٨/٥)، الإنصاف (١٨٦/٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١٥٠/٧).

(٦) انظر: المهذب، روضة الطالبين، مغني المحتاج، المجموع المواضع السابقة وشرح روض الطالب (٣٤١/٢، ٣٤٢).

(٧) المقنع (٢٤٦/٢) وقد سبق ذكره ص(١٢٥).

(٨) انظر: المغني (٤١٨/٧)، الشرح الكبير (٤٢٤/٥)، المبدع (١٧٨/٥)، الإنصاف (١٨٥/٦).

(٩) انظر: الإنصاف (١٨٦/٦).

(١٠) تقدم ذكره ص(١٢٥) وما بعدها.

الغاصب استقر الضمان عليه وجهاً واحداً[١].

وبذلك قالت الشافعية[٢]: لأن التعرض للإضافة يضمن الإقرار بكونه مطلقاً فيما غرم، ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وهذه الطريقة أقيس إن شاء الله.

وألحق أبو الخطاب والسامري بهذه الصورة ما إذا أطلق ولم يتعرض للإضافة ولا يصح، فإن الإضافة إقرار بأن الإباحة صدرت من مالك في محل صالح وقد اتصل بها التناول، فلا يثبت له الرجوع وحالة الإصلاق ولا يلزم منه هذا المعنى؛ إذ يمكن أن يكون ملك غيره.

وصار هذا كما لو باع عيناً أو وهبها ثم ادعى أن ذلك كان قبل ملكه لها، وأنه ملكها الآن بإرث[٣] أو هبةٍ، أو غير ذلك وأقام به بيِّنة نظر، فإن كان حين العقد أضافها إلى ملكه أو صدر منه إقرار بقبضه لثمن ملكه ونحو هذا لم تسمع البينة لتكذيبه لها. وإن لا سمعت فإن الإنسان يبيع أو يهب ملك نفسه تارة وملك غيره أخرى[٤]. انتهى.

فرع

وهب المغصوب من غيره فأتلفه، وضمنه، ففي رجوعه ما تقدم من تقديم الطعام على ما مر من التفصيل وفاقاً وخلافاً[٥].

---

(١) انظر: الإنصاف (١٨٦/٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٠٠/٤).

(٣) الإرث: الميراث، وأصل الهمزة فيه واو. يقال في إرث صدقٍ، أي أصل صدق. وهو على إرث من كذا، أي على أمر توارثه الآخر عن الأول. انظر: الصحاح (٢٧٢/١). الإرث هو انتقال مال الميت إلى الحي. انظر: الروض المربع (٣٧١).

(٤) انظر: المغني (٤٢٣/٧).

(٥) انظر: ص(١٢٥ وما بعدها).

فصل

قدم الطعام إلى عبد غيره فأكله، فهذه جناية عبد يباع فيها. ثم إن قلنا: القرار على الآكل الحر فلا رجوع للسيد لاستهلاك العبد له. وإن قلنا: القرار على الغاصب ثبت له الرجوع لمكان الغرور.

وعن الشافعية(١): إن قلنا: القرار على الغاصب لم يبع، وطولب الغاصب كما لو قدم الشعير المغصوب إلى بهيمة غيره بغير إذنه، والفرق ظاهر.

ولو أمر قصاباً فذبح الشاة جاهلاً بالحال فضمان النقص مستقر على الغاصب، حكاه أصحابنا(٢) وهو مذهب الشافعي(٣) وفرق بينه وبين الأكل بأنه متلف لغيره، والآكل متلف لنفسه وإن ذبح القصاب، وطبخ آخر، وأكل آخر ضمن المالك من شاء من الأربعة. وقرار نقص الذبح والطبخ على الغاصب لوقوع فعلهما له فكان كالمباشر. وعلى الأكل القرار في ضمان الأصل على الخلاف مثله.

ولو أمر إنساناً بإتلاف المغصوب بقتل أو إحراق ونحوهما، فأتلف جاهلاً بالغصب فقضية إيراده في التلخيص قرار الضمان على المتلف(٤) وهو الأصح عند الشافعية(٥) لأن السبب محرم فلا غرور معه، والأولى جريان روايتي المغرور فيه وهو طريقة بعض الشافعية؛ لأنه دخل معه على أن لا يضمن لكونه ملكه فهو مغرور بهذا الاعتبار والتحريم لا ينفي ذلك، والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٠٠/٤)، شرح روض الطالب (٣٤٢/٢)، مغني المحتاج (٢٨٠/٢).
(٢) انظر: الإنصاف (١٨٣/٦)، كشاف القناع (١٠٢/٤).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١٠٠/٤)، شرح روض الطالب (٣٤٢/٢).
(٤) انظر: الإنصاف (١٨٣/٦)، كشاف القناع (١٠٢/٤).
(٥) انظر: روضة الطالبين (١٠٠/٤)، شرح روض الطالب (٣٤٢/٢).

قال: (وإن أطعمه لمالكه ولم يعلم: لم يبرأ. نص عليه في رجل له عند رجل تبعه، أوصلها إليه على أنها صلة أو هدية ولم يعلم كيف هذا يعني أنه لا يبرأ، وإن رهنه[١] عند مالكه، أو أودعه إياه أو أجره، أو استأجره على قصارته وخياطته لم يبرأ إلا أن يعلم، وإن أعاره إياه برىء علم أو لم يعلم[٢])

وقال ابن سيده[٣] في المحكم[٤] والتَّبِعَةُ والتباعةُ: ما اتبعت به صاحبك من ظُلامة ونحوها، وأيضاً ما فيه إثم يتبع به، انتهى. وأصله من تبع الشيء إذا قفاه وأخذ في أثره ولما كان رب الظلامة يتبع ظالمه لأجلها أشتق لها منه.

وفي الجملة مسائل[٥]: إحداها: قدم المغصوب إلى المالك فأكله فإما أن يعلم الحال فيبرأ الغاصب لأخذه ملكه مْفترناً بالعلم، وإما أن لا يعلم فلا يبرأ الغاصب. نص عليه من وجوه[٦].

---

(١) رهنه: الرهن في اللغة: الثبوت والدوام، يقال ماءٌ راهن، أي راكد، ونعمة راهنة أي: ثابتة دائمة، وقيل: وهو من الحبس. قال الله تعالى الطور: ٢١.
وقال: ﴿كُلُّ نَفۡسِۭ بِمَا كَسَبَتۡ رَهِينَةٌ ۝٣٨﴾ [المدثر: ٣٨]، وجمعه رهان، كحبل وحبال.
انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (٢٤٧)، الصحاح (٢١٢٨/٥).
والرهن في الشرع: توثقة دين بعين يمكن استيفاؤه منها أو من ثمنها. انظر: الروض المربع (٢٨٥).

(٢) انظر: المقنع (٢٤٦/٢، ٢٤٧).

(٣) ابن سيده هو: إمام اللغة، أبو الحسن، علي بن إسماعيل، المرسي الضرير، صاحب كتاب المحكم في لسان العرب من يضرب بذكائه المثل، توفي سنة (٤٥٨هـ). انظر: سير أعلام النبلاء (١٤٤/٨، ١٤٥).

(٤) انظر: المحكم (٤٣/٢).

(٥) ذكر الشارح ثلاثة مسائل المسألة الثانية سيأتي ذكرها ص(١٣٣)، والثالثة ص(١٣٥).

(٦) انظر: الكافي (٤٠٨/٢)، المغني (٤١٩/٧)، والشرح الكبير (٤٢٤/٥)، المبدع (١٧٩/٥)، الإنصاف (١٨٦/٦)، كشاف القناع (١٠٣/٤) حاشية الروض المربع (٤٠١/٥، ٤٠٢)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٩/٣).

قال أبو جعفر محمد بن داود المصيصي(١): سألت أبا عبد الله. وقال الأثرم: سئل أبو عبد الله عن رجل له قبل رجلٍ تبعةٌ، فأوصلها إليه على طريق صلة أو هدية، ولم يُعلمه، قال: لا أدري كيف يكون هذا؟ يرى أنه هديةٌ عسى يريد أن يثبته أو يكافئه، فلم يجب أن يفعل على هذا الوجه حتى يقول: هذا لك عندي. انتهى(٢) والنص الوارد في المتن(٣) بعض هذا بعينه.

وفي مسائل أبي مزاحم الخاقاني(٤) أن أبا عبد الله سئل عن رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها إليه عن طريق صلة أو هدية، قال: كيف يكون هذا؟ يرى أنه هدية عسى يريد أن نكافئه حتى يقول لك عندي كذا وكذا.

وذكر بن أبي موسى(٥) رواية أخرى بالبراءة ويروى عن الحسن، وهو قول أبي حنيفة(٦).

وللشافعي(٧) قولان كما أوردنا. وأورد المصنف(٨) هذا تخريجاً من استقرار الضمان على الآكل الأجنبي لأن الواجب هو الرد

---

(١) هو: محمد بن داود بن صبيح أبو جعفر المصيصي كان من خواص أبي عبد الله ورؤسائهم وكان يكرمه ويحدثه بأشياء لا يحدث بها غيره. انظر: التهذيب (١٣٦/٩)، المقصد الأرشد (٤١٠/٢).

(٢) انظر: المغني (٤١٩/٧)، الكافي (٤٠٨/٢)، الشرح الكبير (٤٢٤/٥).

(٣) المقنع (٢٤٦/٢).

(٤) هو: موسى بن عبيد الله بن يحيى بن خاقان أبي مزاحم كان أبوه وزير المتوكل على الله مات سنة (٣٢٥هـ).
انظر: المقصد الأرشد (٧/٣)، طبقات الحنابلة (٣٣٣/١).

(٥) حكى ابن أبي موسى روايتين والمشهور أنه لا يبرأ.
انظر: الإرشاد (٢٥٩). انظر: القواعد الفقهية لابن رجب القاعدة (١٦٦) ص(١٢١)، الإنصاف (١٨٧/٦، ١٨٨).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (١٥٠/٧).

(٧) انظر: روضة الطالبين (١٠١/٤).

(٨) انظر: المقنع (٢٤٦/٢، ٢٤٧).

وقد حصل فوجب أن يبر كحالة العلم؛ ولأنه متلف والجهل لا أثر له مع الإتلاف، كما يضمن المتلف مال الغير مع الإتلاف قال أبو جعفر محمد بن داود المصيصي[١]: سألت أبا عبد الله. وقال الأثرم: سئل أبو عبد الله عن رجل له قبل رجلٍ تبعةٌ، فأوصلها إليه على طريق صلة أو هدية، ولم يُعلمه، قال: لا أدري كيف يكون هذا؟ يرى أنه هديةٌ عسى يريد أن يثبته أو يكافئه فلم يجب أن يفعل على هذا الوجه حتى يقول: هذا لك عندي. انتهى[٢] والنص الوارد في المتن[٣] بعض هذا بعينه.

وفي مسائل أبي مزاحم الخاقاني[٤] أن أبا عبد الله سئل عن رجل له قبل رجل تبعه فأوصلها إليه عن طريق صلة أو هدية قال: كيف هذا؟ يرى أنه هدية عسى يريد أن نكافئه حتى يقول لك عندي كذا وكذا.

وذكر بن أبي موسي[٥] رواية أخرى بالبراءة ويروى عن الحسن، وهو قول أبي حنيفة[٦].

وللشافعي[٧] قولان كما أوردنا. وأورد المصنف[٨] هذا تخريجاً من استقرار الضمان على الآكل الأجنبي لأن الواجب هو الرد وقد حصل

(١) سبق ذكره ص(٧٥).
انظر: التهذيب (١٣٦/٩)، المقصد الأرشد (٤١٠/٢).
(٢) انظر: المغني (٤١٩/٧). الكافي (٤٠٨/٢)، الشرح الكبير (٤٢٤/٥).
(٣) المقنع (٢٤٦/٢).
(٤) سبق ذكره ص(٧٥).
انظر: المقصد الأرشد (٧/٣)، طبقات الحنابلة (٣٣٣/١).
(٥) سبق ذكره ص(٧٥).
(٦) انظر: بدائع الصنائع (١٥٠/٧).
(٧) انظر: روضة الطالبين (١٠١/٤).
(٨) انظر: المقنع (٢٤٦/٢، ٢٤٧).

فوجب أن يبرأ كحالة العلم؛ ولأنه متلف والجهل لا أثر له مع الإتلاف، كما يضمن المتلف مال الغير مع الجهل، وكما لو دخل بيت الغاصب فأكل طعام نفسه ظناً أنه للغاصب[١].

ووجه الأول: أنه لم يعده إلى تصرفه التام وسلطانه المطلق، إذا لا يتمكن من بيعه ولا هبته ولا إطعامه فلا يبرأ به، وأيضاً فإنه تسبب إلى إتلافه بالتغرير إذا لو علم ربما باعه ولم يأكله أو أطعمه العيال أو تصدق به فوجب ضمانه لتفويته. وأما أن الواجب مطلق الرد، فلا نسلمه[٢].

فصل

ولو كان تمراً فنبذه[٣] أو سكراً فأذابه وسقاه لم يبرأ وجهاً واحداً، وهو قول أبي حنيفة[٤]؛ لأن الغاصب أتلفه قبل التقديم فاستقر الضمان عليه، ولو كان شاة فذبحها وشواها وقدمها ففيه ما مر في تقديم الطعام[٥] خلافاً للحنفية بناء على الانتقال إلى ملك الغاصب بإفساده وتغييره وقد مر الكلام فيه وكذلك ما لو كان دقيقاً فخبره أو لحماً فطبخه ونحو ذلك فقدمه.

---

(١) انظر: المغني (٤١٩/٧)، الشرح الكبير (٤٢٥/٥)، المبدع (١٧٩/٥)، الإنصاف (١٨٧/٦).

(٢) انظر: المغني (٤١٩/٧)، الكافي (٤٠٨/٢، ٤٠٩)، الشرح الكبير (٤٢٥/٥)، المبدع (١٧٩/٥)، كشاف القناع (١٠٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠١/٥).

(٣) النبيذ: فعيل بمعنى مفعول كقتيل وجريح وذكر بأنه نبيذاً لأن الذي يتخذه يأخذ تمراً أو زبيباً فينبذه في وعاء أو سقاء عليه الماء ويتركه حتى يفور فيصير مسكراً. انظر: المطلع (٣٨).

(٤) انظر: الأشراف على مذاهب أهل العلم (٣٥٧/٣).

(٥) انظر: القواعد الفقهية ص(١٢١)، الإنصاف (١٨٨/٦)، الإرشاد (ص٢٥٩)

فصل

وهبه إياه أو أهداه إليه فقبل فالمنصوص عدم البراءة كما أوردنا اختاره بن أبي موسى.

وقال مثله القاضيان أبو يعلي ويعقوب بن إبراهيم[١]. وقال أبو حنيفة[٢]: يبرأ، وهو اختيار المصنف[٣] معللا بتسلم المالك له تسلماً تاماً وعود السلطنة إليه وزوال يد العدوان عنه واعتذر عن نص أحمد بوروده فيما إذا أعطى العوض على وجه الإهداء. **ولنا**: أنه تسليم لم تنقطع به علاقة الغاصب لوقوع منته وتوقع مكافأته فلم تعد اليد إلى حالها فلا يكون به بريئاً، وأما أن النص وارد في العوض فخلاف الحقيقة؛ إذ التبعة حقيقة في الظلامة نفسها لا في بدلها. ولو كان قد تلف فقدم إليه البدل أو أهداه أو وهبه له ففي كلام المصنف[٤] لا يبرأ قولاً واحداً لأنه لم يأخذه على وجه العوض فلا تثبت المعاوضة هذا ما قال وفيه بحث، والأجود التعليل بأنه تسلم لم تنقطع به علاقة الغاصب. وفارق المبدل على رأيه من جهة أنه ملكه عاد إليه وهذا ملك غيره فلا يدخل في ملكه بدون رضاه.

فصل

قدم المغصوب إلى رقيق المالك أو بهيمته فأكلاه لا يبرأ بغير خلاف علمته لانتفاء التسليم إلى المالك أو وكيله[٥].

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/١٨٨)
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٠).
(٣) انظر: المغني (٧/٤١٩).
(٤) انظر: المقنع (٢/٢٤٦).
(٥) انظر: الإنصاف (٦/١٨٧)، كشاف القناع (٤/١٠٣)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٨٩).

فصل

كان المغصوب عبداً فقال للمالك أقتله فقتله ففي التلخيص[١] برىء الغاصب.

قال: لأنه لا غرور مع تحريم القتل بخلاف الأكل، وهذا الأصح من مذهب الشافعي[٢] ويتخرج عدم البراءة لمكان التغرير.

ولو قال: أعتقه فأعتق ففي التلخيص أيضاً احتمل أن لا ينفذ؛ لأنه لم يرض بعتق عبده فيكون مغروراً بخلاف عتقه له في الظلمة يظنه لغيره فإنه ينفذ على الأظهر لانتفاء الغرور، واحتمل أن ينفذ لأن العتق صادف ملكاً، وإذاً يرجع على الغاصب بالغرم فإنه لم يرض بزوال ملكه وللشافعية[٣](٤) كالوجهين.

ولو قال المالك للغاصب: أعتقه عني (فعتق)[٥] نفذ وبرىء الغاصب بغير خلافٍ. ولو صال[٦] العبد على المالك فقتله دفعاً عن نفسه لم يبرأ الغاصب علم أنه عبده أو جهل وبه قال الشافعي[٧]؛ لأن الإتلاف بهذا السبب كإتلاف العبد نفسه لصدور السبب عنه.

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/١٨٤).
(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/١٠١)، شرح روض الطالب (٢/٣٤٢)
(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/١٠١)، شرح روض الطالب (٢/٣٤٢)، مغني المحتاج (٢/٢٨٠).
(٤) ما بين القوسين زيادة لازمة.
(٥) كتبت في المخطوط (أو أعتق) ولعل الصواب ما قد صححناه في المتن أو لعله (وأعتق).
(٦) صال: الصَّائل: القاصد الوثوب عليه. يقال: صال عليه: وثب. صولاً وصولةً، والمصاولة: المواثبة، وكذلك الصيال والصيالة. انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (١٧٥).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٤/١٠٢)، شرح روض الطالب (٢/٣٤٢).

فصل

هذا كله ما إذا أطلق. أما إن اقترن به قيد إضافة الملك، فالضمان على الغاصب حتى لو أقام البينة بأنه ملك المغصوب منه لم يبرأ. ذكره المصنف في الكتاب الكبير[(١)] لإقراره بأن المتلف لا يلزمه شيء وأن الضمان عليه؛ أعني: الغاصب. انتهى.

المسألة الثانية: دفعه إلى المالك على جهة الأمانة كالإيداع والرهن والإيجار أو ليقصره أو يخيطه ونحو ذلك. إن علم الحال برئ الغاصب لقبض المالك وتصرفه على حسب إرادته، وإن لم يعلم فالنص قاضٍ بعدم البراءة[(٢)].

حيث قال: عسى يريد أن يكافيه أو يثيبه نصب ذلك علة لعدم البراءة حالة كونه مروياً. ففي حالة وجوب رد الأصل بالكلية أولى، وهو ظاهر مذهب الشافعي[(٣)] وهذا ما أورد المصنف[(٤)] وصرح به في الوديعة جماعة منهم القاضيان أبو يعلى، ويعقوب بن إبراهيم، وابن عقيل[(٥)].

وفي بعض نسخ الكتاب قال أبو الخطاب يبرأ وعبارة أبي الخطاب في كتابه[(٦)] خلاف هذا، فإنه قال: وإن رهن المالك المغصوب من غاصبه أو أودعه عنده أو أعاره إياه أو استأجره على قصارته أو خياطته برئ الغاصب من ضمان الغصب فالفعل في كلامه منسوب إلى المالك

---

(١) انظر: المغني (٤١٨/٧)، الشرح الكبير (٤٢٤/٥).
(٢) انظر: المغني (٤٢٠/٧)، الكافي (٤٠٩/٢)، الشرح الكبير (٤٢٥/٥)، المبدع (١٧٩/٥)، الإنصاف (١٨٨/٦)، كشاف القناع (١٠٣/٤)، حاشية الروض المربع (٤٠٢/٥)
(٣) انظر: روضة الطالبين (١٠١/٤).
(٤) المقنع (٢٤٦/٢، ٢٤٧).
(٥) انظر الإنصاف (١٨٨/٦).
(٦) انظر: الهداية لأبي الخطاب (ص١٩٥).

لا إلى الغاصب فإنه قال: رهن المالك ثم(. . . .)[١] عليه أو أودعه أو أعاره أو أستأجره، ولهذا قال: برىء الغاصب من ضمان الغصب، ولو كان كما قيل لبرىء مطلقاً ولما قيد بضمان الغصب لكن قيد به ليفهم أنه لم يبرأ من ضمان الأمانة بالتفريط، ولعل ما ذكرنا هو الموجب للإسقاط من كثير من النسخ، بل هو الأظهر فيه.

ثم هذا المحكي أورده المصنف في كتابيه[٢] عن بعض الأصحاب ولم يسمه. وهو وجه للشافعية[٣] وأظنه قول أبي حنيفة لعوده إلى اليد، وثبوت اليد قاطع لأثر الضمان.

ولنا: أنه تسليم لا تنقطع به علاقة الغاصب أو لم يعده إلى تصرف الغاصب وسلطانه فلا يبرأ به كما لو لم يسلمه، وأيضاً فالضمان لا يتقرر به على الأجنبي فلا يبرأ به الغاصب[٤]. انتهى.

فصل

وموجب الجهالة تارة يقوم بالمالك كما لو عمي أو انتقلت العين إليه بإرث ولا يشعر وهي في يد الغاصب أو يشعر ولا يعلم وصف العين، وتارة يقوم بالعين بأن يتغير وصفها لكبر أو مرض ونحو ذلك.

المسألة الثالثة: دفعه إلى المالك على وجهه الضمان كالإعارة فاختيار المصنف[٥] ها هنا وفي المغني[٦] البراءة مطلقاً علم المالك

(١) في هذا الموضع كلمة لم أتمكن من معرفتها رسمها هكذا (سو).
(٢) انظر: المغني (٧/٤٢٠)، الكافي (٢/٤٠٩).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/١٠١).
(٤) انظر: كشاف القناع (٤/١٠٣، ١٠٤).
(٥) انظر: المقنع (٢/٢٤٧).
(٦) انظر: المغني (٧/٤٢٠).

أو لا. وهو ظاهر مذهب الشافعي[١] إعتباراً بثبوت اليد وتقرير الضمان ومقتضى النص عدم البراءة حالة الجهل لما مر[٢] وهو ما اختار في الكافي[٣] وقال به ابن عقيل وصاحب التلخيص[٤] لما تقدم.

فصل

باعه إياه أو أقرضه[٥] فقبضه جاهلاً لا يبرأ على المنصوص لأنه سلمه إليه علي بدل العوض فلم يرد إليه على ما كان[٦] واختار في المغني[٧] البراءة، وهو مذهب الشافعي[٨] اعتباراً بأنه قبض ضمان. انتهى.

فصل

ولو انعكس الحال فقال المالك للغاصب: هو عندك وديعة أو رهن

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٠١/٤)، وشرح روض الطالب (٣٤٢/٢).
(٢) سبق ذكره ص(١٣٣).
(٣) انظر: الكافي (٤٠٩/٢).
(٤) انظر: الإنصاف (١٨٩/٦).
(٥) القرض: مصدر قرض الشيء يقرضه بكسر الراء: إذا قطعه والقرض: اسم مصدر بمعنى الاقراض. قال الجوهري: القرض: ما تعطيه من المال لتقضاه، والقرض بالكسر: لغة فيه. حكاها الكسائي. وقال الواحدي: القرض: اسم لكل ما يلتمس منه الجزاء، يقال أقرض فلان فلاناً: إذا أعطاه ما يتجازاه منه، والاسم منه: القرض، وهو: ما أعطيته لتكافىء عليه، هذا إجماع من أهل اللغة.
انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (٢٤٦)، الصحاح (١١٠٢/٣).
القرض شرعاً هو: دفع مال لمن ينتفع به ويرد بدله، وهو جائز بالإجماع.
انظر: الروض المربع (٢٨٣).
(٦) انظر: المبدع (١٧٩/٥)، الإنصاف (١٨٩/٦)، كشاف القناع (١٠٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٨٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠١/٥).
ذكر في المبدع قولان وقال الأشهر أنه لا يبرأ.
(٧) انظر: المغني (٤١٩/٧، ٤٢٠).
(٨) انظر: مغني المحتاج (٢٨٠/٢)، روضة الطالبين (١٠١/٤).

أو مضاربة أو[1] أو أعرتكه ونحو ذلك زال الغصب وبرئ من ضمانه[2]، ذكره أبو الخطاب[3] وأبو عبد الله السامري لثبوت هذه الأمور على ما يذكر في مواضعها والغصب وواحد من هذه الأمور لا يجتمعان وكذا لو أبرأه من الضمان سقط وصارت العين أمانة؛ لأن الضمان حق له فملك إسقاطه، لكن هو كالثوب المطار بالريح يلزم رده حسب الإمكان فإن أخر عنه ضمن لانتفاء الإذن في الإمساك[4]. انتهى.

فصل

غصب من الغاصب فأبرأ المالك الأول بريء لأنه مطالب به أو بقيمته، فجرى مجرى الدين، وإن ملكه المغصوب بريء وانقلب الحق له على الثاني لضرورته ملكاً للأول وإن أبرأ الثاني برءا جميعاً تالفاً كان المال أو باقياً لأنه بتقدير التلف يكون الأول كالضمان والأصيل قيد يبرىء فيبرأ الأول، وبتقدير البقاء يزول الغصب لصيرورته مؤتمناً فيبرآن جميعاً، وكذلك ما لو ملكه إياه ـ أعني: الثاني ـ أو باعه منه أو أودعه أو رهنه عنده يبرأ الأول لما ذكرنا، والله أعلم. انتهى.

قال (**ومن اشترى عبداً فأعتقه، فادعى رجل أن البائع غصبه منه، فصدقه أحدهما، لم يقبل على الآخر، وإن صدقاه مع العبد، لم يبطل العتق، ويستقر الضمان على المشتري ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه**

---

(١) المضاربة: من الضرب في الأرض وهو السفر للتجارة، قال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، وتسمى قراضاً ومعاملة وهي دفع مال معلوم لمن يتجر به ببعض ربحه.
انظر: الروض المربع ص(٣١١، ٣١٢).

(٢) انظر: كشاف القناع (٤١٠٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٠/٣).

(٣) انظر: الهداية ص(١٩٥).

(٤) انظر: المغني (٤٣٣/٧).

كلهم)[١] انتهى.

إذا باع عبداً وادعى مُدَّع أن البائع غصبه وأقام به بينة، أو صدقه المتبايعان سلم العبد إليه ولا بيع، واسترد المشتري الثمن إن كان أقبضه بغير إشكال[٢].

قال حرب بن إسماعيل: سألت أحمد قلت: «الرجل توجد عنده السرقة فيقول اشتريتها؟ قال: إذا أقام هذا الذي له المتاع بينة أنه له أخذ المتاع ويرجع المشتري على البائع بالثمن»[٣].

وعن محمد بن داود المصيصي: أن أبا عبد الله ذكر حديث أسيد بن الحضير[٤] الذي يرويه ابن جريج[٥] في السرقة[٦][٧].

قيل: تذهب إليه؟ قال: لا أي لأجل إسناده ولكن إلى حديث سمرة: «**من وجد متاعهُ عند رجلٍ فهو أحق به ويتبع المشتري من باعه**»[٨]

---

(١) المقنع (٢/٢٤٧).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٢١)، الشرح الكبير (٥/٤٢٦)، المبدع (٥/١٨٠)، كشاف القناع (٤/١٠٤، ١٠٥)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٠).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٢٢)، كشاف القناع (٤/١٠٦)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩١) إلا أنه لم ينسب لحرب.

(٤) هو: أسيد بن الحضير بن سماك بن عتيك الأنصاري الأشهلي اختلف في كنيته فقيل: أبو يحي، وقيل أبو عتيك، وقيل: أبو عيسى وقيل: أبو الحصين، وقيل أبو عتيق، من السابقين إلى الإسلام توفي سنة (٢٠هـ) وقيل: سنة (٢١هـ). انظر: الإصابة (١/٦٤)، التقريب ص(٣٧).

(٥) هو: ابن الوليد عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الرومي، فقيه الحرم المكي وإمام الحجاز في عصره كان يدلس ويرسل، توفي سنة (١٥٠هـ). انظر: التقريب ص(٢١٩)، التهذيب (٦/٣٥٧).

(٦) الحديث الذي يرويه ابن جريج عن عكرمة بن خالد قال حدثني أسيد بن حضير أن الرسول عليه الصلاة والسلام قضى أنه إذا وجدها في يد الرجل غير المتهم فإن شاء أخذها بما اشتراها وإن شاء أتبع سارقه وقضى بذلك أبو بكر وعمر.

(٧) أخرجه النسائي في باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق من كتاب البيوع سنن النسائي (٧/٣١٢).

(٨) سبق تخريجه ص(١٢٠).

وعن صالح وحنبل[١] قالا: سمعنا أبا عبد الله يقول: يُروى عن سمرة عن النبي ﷺ قال: «**من وجد متاعه بعينه فهو أحق به ويتبع صاحبه من اشتراه منه**»[٢] هذا الذي أذهب إليه.

وعن علي بن سعيد: أنه سأل أبا عبد الله عن رجل يجد سرقته بعينه عند إنسان قال: هو ملكه، يأخذه على حديث سمرة بن جندب[٣]، فذكرت له حديث ابن جريج عن عكرمة[٤] فقال: أنا أذهب إلى حديث سمرة ابن جندب، ولابن جريج في ذلك الحديث قصة[٥].

وقال إسماعيل بن سعيد[٦]: سألت أحمد عمن بايع رجلاً بسرقة

---

(١) هو: أبو علي حنبل بن إسحاق بن حنبل الشيباني، ابن عم الإمام أحمد، كان ثقة ثبتاً صدوقاً. توفي سنة (٢٧٣هـ). انظر: طبقات الحنابلة (١/١٤٣، ١٤٥)، العبر (٢/٥١).

(٢) أخرجه برواية أبي هريرة البخاري في: باب إذا وجد ماله عند مفلس .من كتاب الاستقراض. صحيح البخاري (٣/١٥٥، ١٥٦)، ومسلم في: باب من أدرك ما باعه عند المشتري، وقد أفلس من كتاب المساقاة صحيح مسلم (١١٩٦). وأبو داود في باب الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه من كتاب البيوع سنن أبي داود (٢/٢٥٧)، وابن ماجه: في باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس من كتاب الإحكام سنن ابن ماجه (٢/٧٩٠).
وبرواية سمرة في المسند (٥/١٠) حدثنا أحمد بن حنبل (نا) عبد الصمد (نا) عمر بن إبراهيم (نا) قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ (من وجد)...الخ وفي سماع الحسين عن سمرة خلاف المعروف.
لكن للحديث شواهد من حديث أبو هريرة عن أحمد أيضاً في المسند (٢/٤٦٨).
انظر: القول الحسن في شرح بدائع المتن (٢/١٩١).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٢٢)، الشرح الكبير (٥/٤٢٨)، كشاف القناع (٤/١٠٦)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩١)، إلا أنه لم ينسب له.

(٤) هو: عكرمة بن خالد بن العاص المخزومي القرشي، تابعي ثقة.
انظر: التهذيب (٧/٢٣٠).

(٥) أخرجه النسائي وقد سبق تخريجه ص(١٣٨).
القصة: انظر: سنن النسائي باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق من كتاب البيوع (٧/٣١٣).

(٦) هو أبو إسحاق إسماعيل بن سعيد الشالنجي، روى الكثير عن الإمام أحمد، وكان =

ولا يعلم به المشترى قال: هو للمالك الأول، ولا يجوز شراء هذا فقلت: أين أنت من الحديث الذي جاء فيه أعني حديث أسيد بن الحضير[١]، فلم يثبته.

وقال إبراهيم بن هانئ[٢][٣]، ويعقوب بن بختان: سئل أبو عبد الله عن رجل سوق له شيء فوجده، قال: إذا أقام البينة أنه لم يبع ولم يهب أخذه ورجع الذي وجد معه على صاحبه[٤].

وعن إسحاق بن منصور أنه قال: لأبي عبد الله إذا وجدت السرقة عند رجل قال: صاحبها أحق بها حيث وجدها[٥].

وعن الأثرم قال: سمعت أبا عبد الله يسأل عن حديث ابن جريج عن عكرمة بن خالد عن أسيد في السرقة[٦] تذهب إليه؟ قال: ما أذهب إليه قد اضطربوا فيه ولكن إلى شيء يروى عن سمرة. قلت: حديث حجاج؟ قال: حديث حجاج ورواه هشيم[٧] عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال: «**من وجد متاعه عند**

= عالماً بالرأي كبير القدر، وتوفي سنة (٢٣٠هـ)، وقيل: (٢٤٦هـ).
انظر: الجواهر المضيئة (١/٤٠٦، ٤٠٧)، طبقات الحنابلة (١/١٠٤، ١٠٥).

(١) حديث أسيد بن الحضير سبق ذكره ص(١٣٨).

(٢) هو: أبو إسحاق إبراهيم بن هانىء النيسابوري، نقل عن الإمام أحمد مسائل كثيرة، وكان ورعاً صالحاً، صبوراً على الفقر، توفي سنة (٢٦٥هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (١/٩٧، ٩٨).

(٣) انظر: مسائل أحمد برواية إسحاق بن إبراهيم بن هانىء (٢/٢٢).

(٤) انظر: المغني (٧/٤٢٢)، كشاف القناع (٤/١٠٦)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩١)، إلا أنه لم ينسب له.

(٥) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج ص(٣٥٥).

(٦) سبق تخريجه ص(١٣٨).

(٧) هو: هشيم بن بشير بن القاسم السلمي، الواسطي، أبو معاوية، كان محدث بغداد، وحافظها وشيخها معروف بالصلاح والعبادة والأمانة كثير الرواية في الحديث وثقة أحمد العجلي وغيرهم إلا أنه كثير التدليس والإرسال الخفي مات سنة (١٨٣هـ).
انظر: تهذيب التهذيب (١١/٥٣).

رجل فهو أحق به ويتبع المشتري من باعه»[١]، قال أبو عبد الله موسى بن السائب ثقة[٢].

وروى عنه شعبة[٣] قال: أبو عبد الله حدثنيه بعض أصحابنا عن هشيم وروينا عن الميموني قال: ذكرت لأحمد بن حنبل فقال لي: اذهب إلى حديث رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة[٤] عن النبي ﷺ: **«من وجد متاعه عند رجل، فهو أحق به ويتبع المشتري من باعه»**[٥].

قال أحمد: حدثنا بعض أصحابنا عن هشيم وقد حدث عنه هشيم بغير شي وروى الناس عنه وهو ثقة روى عنه شعبة كناه أبا سعدة. انتهى[٦].

وهذا إسناد جيد ورواية الحسن عن سمرة[٧]، وإن كانت واحدة فإنها حجة يجب العمل بها على ما قررناه، وهو مخرَّج في كتاب

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص(١٢٠).
وهو في المسند (١٠/٥) حدثنا أحمد بن حنبل قال: حدثنا عبد الصمد قال حدثنا عمر بن إبراهيم حدثنا قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال: **«من وجد»**... إلخ. وفي سماع الحسين عن سمرة خلاف معروف. ولكن للحديث شواهد من حديث أبي هريرة عنه وأحمد: أيضاً في المسند (٤٦٨/٢). انظر: القول الحسن في شرح بدائع المنن (١٩١/٢).

(٢) انظر: الجرح والتعديل (١٤٥/٨).

(٣) شعبة هو: شعبة بن الحجاج بن الورد العتكي مولاهم أبو بسطام الواسطي ثم البصري، ثقة، حافظ، متقن وكان عابداً، توفي سنة (١٦٠هـ)، كان الثوري يقول: هو أمير المؤمنين في الحديث، وهو أول من فتش بالعراق عن الرجال وذب عن السنة. انظر: التقريب ص(١٤٥)، التهذيب (٢٩٧/٤).

(٤) انظر: المغني (٤٢٢/٧)، الشرح الكبير (٤٢٨/٥)، كشاف القناع (١٠٦/٤).

(٥) هذا الحديث سبق تخريجه ص(١٢٠) وبنفس الرواة هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة، موجود في سنن النسائي باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق، كتاب البيوع (٣١٣/٧، ٣١٤).

(٦) انظر: الجرح والتعديل (١١٥/٩).

(٧) رواية الحسن عن سمرة في المراسيل ص(١٧٥). انظر: التهذيب (٢٦٩/٢).

أبي داود(١) والنسائي(٢) ورواه أيضاً حجاج بن أرطأة عن سعيد بن زيد بن عقبة(٣) عن أبيه عن سمرة، فازداد الإسناد به قوة(٤).

وقول الأثرم في روايته قلت حديث حجاج هو هذا(٥).

وإن كان المدعي لم يقم بينة وصدقه أحدهما نفذ تصديقه على نفسه لإقراره ولم ينفذ على الآخر؛ لأنه دعوى بالنسبة إليه، فإن كان المصدق هو البائع لزمه القيمة للحيلولة بين المالك وعبده، وكان كما لو قال: هذا العبد لزيد لا بل لعمرو فإنه يسلم إلى زيد وقيمته إلى عمرو والبيع باق بحاله؛ لأنا لم نقبل الإقرار على المشتري فيقر العبد في يده بعد إحلافه لأنه منكر(٦).

ثم إن كان قد أقبض الثمن لم يملك استرداده للاعتراف بما يوجبه. وإن لا فليس للبائع المطالبة به لإقراره بما يسقطه، وإن كان غرم القيمة فله المطالبة بأقل الأمرين من الثمن أو القيمة لدعواه القيمة على المشتري، وإقرار المشتري بالثمن له فهما متوافقان على الأقل منهما فوجب غاية ما يتم الحلف ولا أثر له إذا وافق الخصم على المقصود، كما لو ادعى مائة من قيمة متلف فأقر له بها من ثمن مبيع(٧).

---

(١) انظر: المراسيل (ص١٧٥).

(٢) أخرجه النسائي: باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق، من كتاب البيوع. المجتبى (٢٧٦/٧).

(٣) هو: سعيد بن زيد بن عقبة الفزاري الكوفي. انظر: التهذيب (٣٠/٤).

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٣١١) من طريق أبي معاوية، عن حجاج، عن سعيد بن زيد بن عقبة، عن أبيه عن سمرة.

(٥) ولفظه: «إذا ضاع للرجل متاع أو سرق له متاع، فوجده في يد رجل يبيعه، فهو أحق به، ويرجع المشتري على البائع بالثمن».

(٦) انظر: المغني (٤٢١/٧)، الشرح الكبير (٤٢٧/٥)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٠/٣).

(٧) انظر: المغني (٤٢١/٧)، الكافي (٤١٤/٢)، الشرح الكبير (٤٢٧/٥)، كشاف القناع (١٠٥/٤).

وإن أقام بينة على المشتري بما أقر به، فإن كانت صيغة العقد بعتك عبدي هذا أو ملكي ونحو ذلك لم تسمع إذ قد كذبها، وإن كانت مطلقة بأن قال: هذا العبد ونحوه سمعت إذ الإنسان قد يبيع ملك غيره[(١)].

ولو عاد إليه أعني البائع بإرث أو فسخ لزم رده على المدعي ووجب له استرداد ما غرم لوصول المدعي إلى عين مدعاه هذا كله ما إذا أقر بعد انقضاء الخيار، وإن كان إقرار البائع في مدة الخيار فسخ البيع لتمكنه من الفسخ حينئذ فتمكن من الإقرار بموجبه[(٢)].

وإن كان المصدق هو المشتري لزم تسليم العبد إلى المدعي والثمن إلى البائع لأنا لم نقبل الإقرار عليه إلا أن يقيم المشتري بينة بكونه للمدعي، فلا ثمن ويسترده إن كان أقبضه[(٣)].

فصل

جاء المدعي بعد ما أعتق المشتري، وهو مسألة الكتاب[(٤)] وصدقه المتبايعان فالعتق باقٍ بحاله وافقهما العبد أو خالفهما وهو مذهب الشافعي لما يتعلق بالتحرير من حق الله تعالى كوجوب الزكاة والحج والجهاد والجمعة وغير ذلك، ولهذا لم تقبل دعوى الرق من محكوم بحريته. وللمدعي إذاً تغريم القيمة لمن شاء منهما والقرار على المشتري

---

(١) انظر: المغني (٤٢٢/٧)، الشرح الكبير (٤٢٨/٥)، كشاف القناع (١٠٥/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩١/٣).
(٢) انظر: المغني (٤٢١/٧)، الشرح الكبير (٤٢٨/٥)، كشاف القناع (١٠٥/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩١/٣).
(٣) انظر: المغني (٤٢١/٧)، الشرح الكبير (٤٢٨/٥)، كشاف القناع (١٠٥/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩١/٣).
(٤) المقنع (٢٤٧/٢).

لإتلافه العبد بإعتاقه، إلا أن يكون البائع قبض ما يقابل ذلك من الثمن، فلا يرجع بشيء بل يرد عليه ما زاد من الثمن إن كان قبضه[١].

وإن اختص البائع بالتصديق فالبيع باقٍ ولزمه القمية لتفويته ولا يملك مطالبة المشتري بالثمن لاعترافه بالمسقط، وإن كان المشتري أقبضه الثمن لم يملك استرداده لبقاء العقد في حقه[٢].

وإن اختص هو بالتصديق لزمه أمران القيمة للمدعي لفوات العبد تحت يده، والثمن للبائع لعدم نفوذ الإقرار عليه. وفيه وجه آخر أورده المصنف[٣] ها هنا.

وأبو الخطاب[٤] احتمالاً ببطلان العتق إذا توافقوا عليه؛ لأنه إقرار صدر من مجهول النسب فقبل كما في غيره، وإذاً يأخذه المدعي كما لو أقام به بينة، والله أعلم.

فصل

وحيث يقال: لا يبطل العتق إذا توافقوا فلو خلَّف العبد مالاً كان للمدعي لإقرارهم بأنه له، وإنما لم يؤثِّر في الحرية لأنها حق الله تعالى[٥]. وأما الولاء فلا يثبت لأحد لانتفاء دعواه. ذكره المصنف[٦] وابن عقيل.

---

(١) انظر: المغني (٤٢٢/٧)، الكافي (٤١٤/٢، ٤١٥)، الشرح الكبير (٤٢٦/٥، ٤٢٧)، المبدع (١٨٠/٥)، كشاف القناع (١٠٤/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٠/٣).

(٢) انظر: المغني (٤٢٣/٧)، الكافي (٤١٤/٢)، الشرح الكبير (٤٢٧/٥).

(٣) المقنع (٢٤٧/٢).

(٤) انظر: الهداية ص(١٩٥) الكافي (٤١٥/٢)، الشرح الكبير (٤٢٦/٥)، الإنصاف (١٩٠/٦).

(٥) انظر: المغني (٤٢٢/٧)، الشرح الكبير (٤٢٧/٥)، الفروع (٣٨٣/٤)، المبدع (١٨٠/٥)، الإنصاف (١٩٠/٦)، كشاف القناع (١٠٤/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٠/٣، ٨٩١).

(٦) انظر: المغني (٤٢٢/٧، ٤٢٣).

فصل

كاتبه المشتري ثم جاء المدعي وصدقوه جميعاً عاد العبد رقيقاً وأخذه المدعي وهو قول الشافعي[١] لأن الكتابة قابلة للفسخ. انتهى.

قال: (وإن تلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيلاً أو موزوناً، وإن أعوز المثل، فعليه قيمة مثله يوم إعوازه. وقال القاضي[٢]: يضمنه بقيمته يوم القبض، وعنه تلزمه قيمته يوم تلفه، وإن لم يكن مثلياً، ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده[٣]، ويتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه[٤]).

في الجملة مسائل[٥]: أحدها: اصطلح الفقهاء على انقسام الأعيان إلى مثلية ومتقومة، ويعنون بالمثلي: ما وقع التشابه في جنسه صورة ومعنى، بحيث لا يختلف الغرض في إجاده.

أما الصورة فمعلومة، وأما المعنى فالقيمة وقد يعبر عنه بما لا يختلف أجزاء النوع الواحد في جزئيته وقيمته وأضاف بعضهم إليه من حيث الذات لا من حيث الصناعة وسيأتي إن شاء الله تعالى أثر هذا القيد.

والمتقوم: ما اختلف صور أفراده اختلافاً يختلف به الغرض في أجزائه[٦]. ثم اختلفوا في ضابط المثلي، والمذهب أنه المكيل

---

(١) انظر: شرح روض الطالب (٢/٣٥٠).
(٢) انظر: المقنع (٢/٢٤٨)، المبدع (٥/١٨١)، الإنصاف.
(٣) نقده: أي نقد بلد الغصب، لأنه موضع الضمان انظر: كشاف القناع (٤/١٠٨).
(٤) المقنع (٢/٢٤٨).
(٥) ذكر الشارح ستة مسائل المسألة الثانية ستاتي ص(١٥٢) والثالثة ص(١٦٠) والرابعة ص(١٦٥) والخامسة ص(١٦٨)والسادسة ص(١٦٩).
(٦) انظر: المغني (٧/٣٦٢، ٣٦٣)، الكافي (٢/٤٠٣)، الشرح الكبير (٥/٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠)، المبدع (٥/١٨٠، ١٨١، ١٨٢)، كشاف القناع (٤/١٠٦، ١٠٧، ١٠٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩١، ٨٩٢)، حاشية الروض المربع (٥/٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥). الأشراف على مذاهب أهل العلم (٣/٣٣٦).

والموزون[١]، كذلك نص عليه من رواية إبراهيم بن هانىء وحرب بن إسماعيل[٢].

وسئل عن رجل دفع إليه حنطة رهناً أو وديعة فأكل بعضه، قالا: فذهب إلى أنه عليه بُراً مثله. قيل له: فإن البر يوم دفع كان قيمته مائة درهم أو نحو ذلك فتغيرت السوق، واليوم قيمته ثلاثون درهماً، فكأنه ذهب إلى أن ليس عليه إلا بُرٌ مثله. وكذلك ما كان من الطعام أو الدراهم أو ما يكال أو يوزن عليه مثله ليس القيمة[٣] وكذلك نص الشافعي قال في كتاب المزني[٤]: وماله كيل ووزن فعليه مثل كيله ووزنه وبهذا قال مالك[٥]، وأبو حنيفة[٦]، وصاحباه[٧]، وزفر وغيرهم[٨].

وقد دل على المثلية فيه الحديثُ المتفق عليه من رواية عبادة بن الصامت[٩] وأبي سعيد الخدري[١٠] قالا: . . .

---

(١) انظر: المغني (٣٦٢/٧)، الشرح الكبير (٤٢٨/٥)، المبدع (١٨٠/٥، ١٨١) الإنصاف (١٩٢/٦)، كشاف القناع (١٠٦/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩١/٣).

(٢) انظر: الروايتين والوجهين (٤٠٩/١) المغني (٣٦٣/٧، ٣٦٢)، الإنصاف (١٩٢/٦)، كشاف القناع (١٠٦/٤)، الشرح الكبير (٤٣٣/٥).

(٣) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٤٠٩/١)، المغني (٣٦٣/٧)، الشرح الكبير (٤٣٣/٥)، كشاف القناع (١٠٦/٤).

(٤) انظر: مختصر المزني (١١٨).

(٥) انظر: المدونة الكبرى (٣٥٣/٥)، الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٢٨)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١٣٨/٤)، الخرشي (١٣٣/٦)، التفريع (٢٧٥/٢)، وأشير إلى ذلك في الإشراف على مذاهب أهل العلم (٣٣٦/٣).

(٦) انظر: المبسوط (١١/ ٥٠)، بدائع الصنائع (١٥٠/٧)، تحفة الفقهاء (٩٦/٣).

(٧) صاحباه: المقصود بهما: محمد بن الحسن الشيباني، وأبو يوسف يعقوب بن إبراهيم.

(٨) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٣٣٦/٣).

(٩) هو: عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجي أبو الوليد المدني، أحد النقباء ليلة العقبة، بدري مشهور مات بالرملة سنة (٣٤هـ). انظر: الإصابة (٢٦٠/٢)، التقريب ص(١٦٤).

(١٠) هو: أبو سعيد الخدري، الإمام المجاهد، مفتي المدينة، سعد بن مالك بن سنان بن =

قال رسول الله ﷺ: «**الذهبُ بالذهبِ والفضةُ بالفضة والبرُّ بالبُرِّ، والشعيرُ بالشعير، والتمرُ بالتمر، والملحُ بالملح، مثلاً بمثلٍ**»[١]. نص ﷺ عليها في هذه الأعيان، فثبت فيما عداها مما في معناها قياساً بالنسبة إلى هذا الخبر.

وروى أبو بكر بن عياش[٢]، عن الربيع بن صبيح[٣]، عن الحسن، عن عبادة، وأنس بن مالك[٤] عن النبي ﷺ قال: «**ما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً، وما كيل فمثل ذلك**»، أخرجه الدارقطني في سننه[٥] (.....)[٦]. والربيع بن صبيح قال يحيى بن

= ثعلبه بن عبيد بن الخزرج، توفي سنة (٦٣هـ)، وقيل: أربع أو خمس وستين، وقيل: سنة (٧٤هـ). انظر: الإصابة (٣٢/٢)، التقريب ص(١٦٤).

(١) أخرجه برواية عبادة بن الصامت مسلم في صحيحه من كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (١٢١٠/٣، ١٢١١). وأبو داود في: باب الصرف من كتاب البيوع سنن أبي داود (٢٢٢/٢،٢٢٣)، والنسائي في: باب الشعير بالشعير من كتاب البيوع المجتبى (٢٤٠/٧، ٢٤١، ٢٤٢)، وابن ماجه في باب الصرف وما لا يجوز متعاملا يد بيد من كتاب النجارات سنن ابن ماجه (٧٥٧/٢، ٧٥٨) والدارمي في باب في النهي عن الصرف من كتاب البيوع سنن الدارمي (٢٥٩/٢). وفي مصنف ابن أبي شيبة (٤٩٧/٤، ٤٩٨) بروايتي عبادة وأبي سعيد الخدري.

(٢) هوأبو بكر بن عياش بن سالم الأسدي مولاهم الكوفي الحناط المقري، الفقيه، المحدث، شيخ الإسلام، وبقية الأعلام، مولى واصل الأحدب، وفي اسمه أقوال أشهرها (شعبة). قال عنه يحيى بن معين ثقة. توفي سنة (١٩٤هـ) وقيل قبل ذلك بسنة أو سنتين. انظر: التقريب ص(٣٩٦)، التهذيب (٣٧/١٢).

(٣) هو: الربيع بن الصبيح السعدي، أبو بكر، ويقال حفص البصري، مولى بني سعد بن زيد مناه، توفي سنة (١٦٠هـ) بأرض السند. انظر: التهذيب (٢٤٧/٣، ٢٤٨).

(٤) هو: أنس بن مالك بن النضر الانصاري الخزرجي، خادم رسول الله ﷺ، خدمه عشر سنين، صحابي مشهور توفي سنة (٩٢هـ) وقيل: (٩٣هـ). انظر: الإصابة (٨٤/١)، التقريب ص(٣٩).

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه من كتاب البيوع (١٨/٣).

(٦) في المخطوط في هذا الموضع زيادة هي (والربيع بن صبيح عن الحسن عن عبادة وأنس بن مالك عن النبي ﷺ قال: «**ما وزن مثلاً بمثل إذا كان نوعاً واحداً، وما كيل فمثل ذلك: أخرجه الداقطني في سننه**».

معين[١]: وهو ثقة[٢]: فيثبت في كل مكيل وموزون بالنص من هذا الخبر ولأن الإعراض عن كل فرد فرد من أجزاء النوع من المكيل والموزون دليل تشابهه وحصول الغرض بأي جزء كان منه فيقوم بعضه مقام بعض. وإذا تقرر هذا فذكر المصنف[٣] والقاضي وابن عقيل وغيرهم إن الأواني والآلات من الحديد والنحاس والرصاص غير مثلية[٤].

ونص أحمد يقتضيه لأنهما مما لا يعتاد وزنه فلا يدخل تحت الخبر، ولأن الصناعة تختلف فالمصنوع مختلف فلا تكون متماثلة[٥].

وألحق المصنف[٦] بذلك: المغزول من الإبريسم[٧] والكتان والقطن والصوف والوبر لما ذكرنا من الصناعة والمنسوج من ذلك بالأولى بتكرر الصناعة وحلي الذهب والفضة كالأواني.

وعن القاضي: السبيكة من الأثمان، والعنبُ، والرطبُ، والكمثري ليس مثلياً[٨].

---

(١) هو: أبو زكريا يحيى بن معين بن عون بن زياد بن بسطام المري الغطفاني مولاهم أبو زكريا البغدادي، الإمام الحافظ، شيخ المحدثين توفي سنة (٢٣٣هـ). انظر: سير أعلام النبلاء (١١/ ٧١، ٩٦) التهذيب (١١/ ٢٤٦).
(٢) انظر: التهذيب (٣/٢١٤، ٢١٥).
(٣) انظر: المغني (٧/٣٦٣).
(٤) انظر: المغني (٧/٣٦٣)، الشرح الكبير (٥/٤٣٣)، الإنصاف (٦/١٩١)، كشاف القناع (٤/١٠٧).
(٥) انظر: المغني (٣/٣٦٣)، الشرح الكبير (٥/٤٣٣)، الإنصاف (٦/١٩١)، كشاف القناع (٤/١٠٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩١).
(٦) انظر: المغني (٧/٣٦٣).
(٧) الأبر يسم: هو الحرير. قال أبو منصور: وهو أعجمي معرَّب، بفتح الألف والراء، وقيل: بكسر الألف وفتح الراء، قال ابن الأعرابي: هو الإبريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين، قال: ليس في الكلام إفْعيْلَلْ، ولكن إفعِيلِلْ، كاهْليلجْ. انظر: المطلع ص(٣٥٢).
(٨) انظر: المغني (٧/٣٦٣)، الشرح الكبير (٥/٤٣٤)، المبدع (٥/١٨١)، الإنصاف (٦/١٩١).

قال المصنف[١]: وظاهر كلام أحمد يدل على خلافه وهو كما قال لدخوله في الخبر ولأنه لا صناعة فيه، فهو كالأدهان والحبوب.

وفي المجرد: الحطب، والخشب، والحديد، والنحاس، والرصاص ليس مثلياً[٢] (لأنه يختلف)[٣].

وعموم نص أحمد على خلافه، وهو الصحيح[٤]. ومطلق الاختلاف لا أثر له كما لا أثر لمثله في الحبوب والأدهان.

وذكر في المستوعب: أن ما لا يضبط بالصفة كالربويات، والأشربة، والغالية[٥]: غير مثلي لاختلافه باختلاف المركبات والتركيب.

والصواب إدراجه في المنصوص، لأنه موزون[٦]. فيدخل في الخبر ولأن الاطلاع على مقادير المركبات ممكن وتفاوت التركيب ممكن أيضاً، فما تفاوت بعد فلا يختلف به الغرض.

وأما الذي قاله فتقييد لما مر بما يجوز السلم[٧] فيه وهو اختيار

---

(١) انظر: المغني (٧/٣٦٣).

(٢) انظر: الإنصاف (٦/١٩٢).

(٣) كذا في المخطوط. وفي الإنصاف (٦/١٩٢) جاء في المجرد: لا يختلف. والظاهر أن ما في المخطوط هو الصواب وما جاء في الإنصاف خطأ. مطبعي.

(٤) انظر: الإنصاف (٦/١٩٢).

(٥) الغالية: نوع من الطيب، مركب من مسك وعنبر، وعود، ودهن، وهي معروفة عند ابن الأثير، قال: يقال أول من سماها بذلك سليمان بن عبد الملك، تقول: منه تغليت بالغالية. المطلع (٢٤٥).

(٦) انظر: الإنصاف (٦/١٩٣)

(٧) قيل إن السَّلم، والسلف واحد، يقال: سلَّم وأسلم، وسلّف وأسلف بمعنى واحد، وهذا قول جميع أهل اللغة، إلا أن السلف يكون قرضاً أيضاً. انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (٢٤٥)، الصحاح (٥/١٩٥٠). والسلم في الشرع هو: عقد على موصوف في الذمة، مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد: انظر: الروض المربع (٢٧٩)، المغني (٦/٣٨٤).

فريق من أصحاب الشافعي[١] منهم الرافعي[٢]، قال: لأن المسلم فيه يثبت بالوصف في الذمة، والضمان يشبهه لثبوته في الذمة، وهذا التعليل يقتضي طرد الحكم في المزروع، فإنه يثبت في الذمة بالوصف ولم يلتزموه.

ولعمْري، إن اعتبار المثلي بكل ما يثبت في الذمة حسن؛ لأن الخبر لم يدل على انتفاء المثلية فيما عدا المكيل والموزون.

والتشابه ممكن، فلا مانع منه، وكذلك ما انقسم بالأجزاء بين الشريكين من غير تقويم مضافاً إلى هذا النوع، لوجود التماثل وانتفاء التخالف[٣].

وذهب أبو حنيفة[٤] وصاحباه ومالك[٥] إلى المثلية في المعدودات المتقاربة أيضاً كالجوز والبيض لتماثلهما في العرف حيث لا تتفاوت المالية في آحادها إنما تتفاوت أنواعها كما في المكيل والموزون وجه الأول أنه يختلف اختلافاً متبايناً بتفاوت الأغراض لأجله فلا يكون متماثلاً. انتهى.

فرع

الدراهم المغشوشة الرائجة: مثلية لتماثلها عرفاً، ولأن أخلاطها غير مقصودة[٦].

---

(١) انظر: شرح روض الطالب (٢/٣٤٥)، مغني المحتاج (٢/٢٨١).
(٢) الرافعي هو: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل، أبو القاسم القزويني الفقيه الشافعي المصنف. انظر: سير أعلام النبلاء (٢٢/ ٢٥٢).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/١٩٣).
(٤) انظر: المبسوط (١١/ ٥٠/ ٥١)، بدائع الصنائع (٧/١٥٠).
(٥) الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٢٨)، الخرشي (٦/١٣٣)، التفريع في الهامش (٢/٢٧٤).
(٦) انظر: الإنصاف (٦/١٩٣)، كشاف القناع (٤/١٠٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩١).

المسألة الثانية:

تلف المغصوب فإما أن يكون مثلياً على ما مر[(١)] من الاصطلاح أو متقوماً. أما إن كان مثلياً، فالحق الذي لا تردد فيه وجوب المثل[(٢)].

وقد مر[(٣)] إيراد نص أحمد عليه من رواية ابن حرب وابن هانىء وهو مذهب الجماهير منهم سعيد بن المسيب والشعبي[(٤)] والثوري والأئمة الثلاثة[(٥)].

وقال أبو عمر بن عبد البر[(٦)(٧)]: كل مطعوم، من مأكول أو مشروب، فمجمعٌ على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته.

ووجه ذلك قول الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُوا۟﴾ [البقرة: ١٩٤].

وقال تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]. وقال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦].

---

(١) سبق ذكره ص(١٤٦).

(٢) انظر: المغني (٣٦٢/٦)، الكافي (٤٠٣/٢)، الشرح الكبير (٤٢٨/٥)، المبدع (١٨٠/٥)، الإنصاف (١٩٠/٦)، كشاف القناع (١٠٦/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩١/٣).

(٣) سبق ذكره ص(١٤٦).

(٤) انظر: مصنف ابن أبي شيبة باب في رجل غصب رجلاً طعاماً من كتاب البيوع (٥٦٠/٤).

(٥) انظر: الإنصاف (١٩٢/٦)، بدائع الصنائع (١٥٠/٧)، تحفة الفقهاء (٩٦/٣)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (٣٣٦/٣)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١٣٨/٤)، شرح روض الطالب (٣٤٥/٢).

(٦) هو: أبو عمر يوسف بن عبد البر بن عبد الله النَّمري القرطبي، شيخ علماء الأندلس، وكبير محدثيها في وقته، توفي سنة (٤٦٣هـ). انظر: الديباج المذهب (٣٦٧/٢، ٣٧٠).

(٧) انظر: المغني (٣٦٢/٧)، الشرح الكبير (٤٢٨/٥)، المبدع (١٨١/٥)، الإنصاف (١٩١/٦)، حاشية الروض المربع (٤٠٤/٥).

ولأن الضمان جبران وهو بالمثل أولى لوجهين:

أحدهما: أنه مساو للأصل صورة ومعنى والقسمة مساوية له معنى لا صورة.

والآخر: أنه ماثل الأصل من جهة المشاهدة والقيمة ماثلة من جهة الظن، فكان ما طريقه المشاهدة أولى كالنص مع القياس(١).

وحكى القاضي أبو الحسين في كتاب التمام(٢)(٣)، وأبو الحسن بن بكروس في رؤوس المسائل رواية بوجوب القيمة في المثليات(٤) وهو ما نص عليه من رواية محمد بن موسى بن مشيش فروينا عنه في كتاب مسائله أن أبا عبد الله سُئل عن رجل اغتصب رجلاً شيئاً له مثل يرد عليه مثله؟

فقال الشعبي(٥): يقول إذا اغتصبه طعاماً رد عليه طعامه وأعجبه هو أن يرد عليه القيمة قال: ويرد عليه يوم استهلك. انتهى.

وحكاه بعضهم عن أهل الظاهر(٦) وفيه نظر. وروى الثوري عن أبي إسحاق الشيباني فيمن استهلك حنطة أن له طعاماً مثل طعامه. قال الثوري: وقال غيره من فقهائنا: له القيمة(٧).

---

(١) انظر: المغني (٣٦١/٧)، الكافي (٤٠٣/٢)، الشرح الكبير (٤٢٨/٥، ٤٢٩)، المبدع (١٨١/٥)، كشاف القناع (١٠٦/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩١/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠٤/٥).

(٢) كتاب التمام هو من الكتب التي أكملها محمد الشهيد أبو الحسين صاحب الطبقات المتوفى سنة (٥٢٦هـ) لأبيه أبو يعلى واسمه التمام لما صح في الرويتين والثلاث والأربع عن الإمام المختار من الوجهين عن أصحابه العرافين الكرام. انظر: المدخل المفصل (٦٨٢/٢/ ١٠٣٧).

(٣) انظر: التمام (٧١/٢/ ٧٢).

(٤) انظر: الإنصاف: (١٩١/٦).

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٥٦٠/٤) باب في رجل غصب رجلاً طعاماً من كتاب البيوع.

(٦) انظر: المحلى (١٤٠/٨).

(٧) نقله عن الثوري ابن حزم في المحلى (١٤٠/٨).

ولعل القائل بهذا يقول القيمة أحضر للمالية وليس كذلك، فإن المماثلة في الصورة مستتبعة للمماثلة في المالية. وقد أسند الخلال في كتابه الجامع عن إسحاق بن منصور أن أحمد سئل عن رجل استهلك لرجل طعاماً أو شيئاً من العروض فقال: عليه قيمته يوم غصبه. قال إسحاق: عاودته بعد ذلك فجبن عنه، وهذا يدل على الرجوع عن رواية مشيش، فلا يكون مذهباً[١].

وذكر في المغني[٢] احتمالاً بالقيمة في النقرة[٣] فإن تعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إتلاف هذا ما أورد وفيه بحث. وأما إن كان متقوماً، فمشهور المذهب وجوب قيمته، كما هو قول الأكثرين[٤]. ومفهوم ما قدمنا من رواية حرب وابن هانىء دل عليه[٥].

وقد نص عليه في الأمة: من رواية صالح وحنبل بن إسحاق، وموسى بن سعيد[٦]. ومحمد بن يحيى الكحال[٧]. وفي الدابة: من رواية مهنا. وفي الثياب من رواية الكحال أيضاً، وابن مشيش ومهنا[٨].

---

(١) انظر: المبدع (١٨٢/٥)، شرح الزركشي (١٨١/٤، ١٨٢).

(٢) انظر: المغني (٣٦٣/٧).

(٣) النقرة هي: القطعة المذابة من الذهب والفضة. انظر: المصباح المنير (٧٦١/٢)، والمغني (٣٦٣/٧).

(٤) انظر: المغني (٣٦٣/٧)، الكافي (٤٠٤/٢)، الشرح الكبير (٤٢٩/٥)، المبدع (١٨٢/٥)، الإنصاف (١٩٣/٦)، كشاف القناع (١٠٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٢/٣).

(٥) سبق ذكرها ص(١٤٦، ١٥٢).

(٦) موسى بن سعيد هو: موسى بن سعيد الدنداني، ثقة، رفيع القدر، كانت عنده مسائل حسان، ذكره أبو بكر الخلال، في كتابه. انظر: طبقات الحنابلة (٣٣٢/١).

(٧) هو: أبو جعفر محمد بن يحيى الكحال المتطبب البغدادي، كان من كبار أصحاب الإمام أحمد، وكان يقدمه ويكرمه، كانت عنده عن أبي عبد الله مسائل كثيرة حسان مشبعة، من رجال القرن الثالث. انظر: طبقات الحنابلة (٣٢٨/١).

(٨) انظر: الإنصاف (١٩٣/٦).

واستدل له بحديث عبد الله بن عمر[١] رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من أعتق شركاً له في عبدٍ، قوّم عليه قيمة عَدِل فأعطى شركاؤه حصصهم**» أخرجاه في الصحيحين[٢]. أوجب القيمة في الجزء المفوت بالعتق، ولأن هذا النوع لا يساوي أعيانه في الأوصاف والأعراض غالباً فلا يقوم بعضه مقام بعض من هذا الوجه[٣].

وعن أحمد رواية ثانية بإيجاب المثل حيث أمكن، وإلا فالقيمة. قال إسحاق بن منصور: قلت لأحمد: قال سفيان: من كسر شيئاً صحيحاً، فقيمته صحيحاً. قال أحمد: إن كان يوجد مثله فمثله، وإن كان لا يوجد مثله فعليه قيمته[٤].

وعن إسماعيل بن سعيد قال: سألت أحمد عن الرجل يكسر قصعة لرجل أو عصاً أو شق ثوباً لرجل قال عليه المثل في العصا والقصعة والثوب، فقلت: أرأيت إن كان الشق قليلاً؟ فقال: صاحب الثوب مخيَّر في ذلك؛ قليلاً كان أو كبيراً.

وهذا هو المذهب عند أبي موسى. واختياره. قال في «الإرشاد»:

---

(١) هو: عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي القرشي. وهو من المكثرين من رواية الأحاديث عن النبي ﷺ، تحلى بالتواضع والورع وكثرة العبادة وتناول آثار المصطفى عليه الصلاة والسلام، توفي سنة (٧٣هـ). انظر: الإصابة (٣٣٨/٢)، التقريب ص(١٨٢).

(٢) أخرجه البخاري، في باب: تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل، وباب الشركة في الرقيق من كتاب الشركة، وفي باب إذا أعتق عبداً بين اثنين، وباب إذا أعتق نصيباً في عبد من كتاب العتق، صحيح البخاري (١٨٢/٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٩، ١٩٠) مسلم أول كتاب العتق، وفي باب من أعتق شركاً له في عبد، من كتاب الأثمان، صحيح مسلم (١١٣٩/٢، ١١٤٠، ١٢٨٦/٣، ١٢٨٧).

(٣) انظر: المغني (٣٦٢/٧)، الكافي (٤٠٤/٢)، الشرح الكبير (٤٣٠/٥)، المبدع (١٨٢/٥)، كشاف القناع (١٠٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٢/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠٥/٥).

(٤) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج (ص٣٩٦) مسألة (٣٠٩).

ومن استهلك لآدمي ما لا يكال ولا يوزن فعليه مثله إن وجد، وقيل: عليه قيمته[١].

وبالمثل قال(عبد الله)[٢] بن الحسن العنبري[٣][٤]

وعبد الله بن عبد الرحمٰن الدارمي[٥] وداود وثبت عن شريح[٦]..

من رواية ابن سيرين عنه[٧] أنه قضى في قصارة شق ثوبٍ أن الثوب له وعليه مثله، فقال رجل: أو ثمنه؟ قال شريح: إنه كان أحب إليه من ثمنه؟ قال: إنه لا يجد، قال: لا وجد[٨].

وعن قتاد: أنه قضى في ثوب استهلك بالمثل[٩]، وهذا هو الحق لما روى حميد[١٠] عن أنس «أن النبي صلى الله عليه كان عند بعض

---

(١) الإنصاف (١٩٣/٦، ١٩٤)، حاشية الروض المربع (٤٠٥/٥، ٤٠٦).

(٢) في المخطوط: «عبد الله»: والصواب: عبيد الله.

(٣) وهو: عبيد الله بن الحسن العنبري بن الحصين القاضي من فقهاء التابعين بالبصرة توفي سنة (١٦٨هـ).
انظر: تقريب التهذيب (٥٣١/١)، التهذيب (٧/٧).

(٤) انظر: المغني (٣٦١/٧)، حيث أشار إلى أن العنبري حكى بأنه المثل في كل شيء.

(٥) هو: عبد الله بن عبد الرحمٰن بن الفضل بن بهرام الدارمي صاحب السنن إمام أهل زمانه، أظهر علم الحديث والآثار بسمرقند وذب عنها الكذب، وكان مفسراً فقهياً عالماً حافظاً زاهداً ورعاً، وكان غاية في العقل والديانة، توفي سنة (٢٥٥هـ).
انظر: طبقات الحنابلة (١٨٨/١)، سير أعلام النبلاء (٢٢٤/٢).

(٦) شريح هو: أبو أمة شريح بن الحارث القاضي مخضرم ثقة، قيل له صحبة، كان من أجلة العلماء أعلمهم بالقضاء مات قبل الثمانين أو بعدها.
انظر: التقريب ص(١٤٥)، التهذيب (٣٢٦/٤) (٤٥٦).

(٧) هو: محمد بن سيرين بن الأنصاري أبو بكر البصري إمام وقته ثبت عابد كبير القدر.
انظر: التقريب (٣٠٢)، التهذيب (٢١٤/٩، ٣٣٦).

(٨) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٣٦١/٤). ونقله عن شريح بن حزم في المحلى (١٤١/٨).

(٩) نقله عن قتادة بن حزم في المحلى (١٤١/٨).

(١٠) هو: حميد بن أبي حميد الطويل، الإمام الحافظ، أبو عبيدة البصري مولى طلحة الطلحات. =

نسائه[١]، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين[٢] مع خادم بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة» وذكر الحديث، وقال: «فأكلوا حتى جاءت هي بقصعة من بيتها، فدفع النبي ﷺ القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة» أخرجه البخاري بلفظه أو نحوه[٣].

وفي لفظ: أهدت بعض أزواج[٤] النبي ﷺ إلى النبي ﷺ طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي ﷺ: «**طعام بطعامٍ وإناء بإناءٍ**» أخرجه الترمذي[٥]، وقال: حديث حسن صحيح.

وروى فليت العامري[٦] عن جسرة بنت دجاجة[٧]. قالت: قالت عائشة: ما رأيت صانعاً طعاماً مثل صنعة صنعت لرسول الله ﷺ طعاماً فبعثت به فآخذني الأفكل، فكسرت الإناء فقلت: يا رسول الله! ما كفارة ما صنعت؟ قال: «**إناء مثل إناء وطعام مثل طعام**» أخرجه أبو داود والنسائي[٨]

= انظر: السير (٦/١٦٣).

(١) هي عائشة رضي الله عنها.

(٢) هي زينب بنت جحش رضي الله عنها.

(٣) أخرجه البخاري، في: باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره، من كتاب المظالم، صحيح البخاري (٣/١٧٩).

(٤) هي صفية رضي الله عنها.

(٥) أخرجه الترمذي في: باب من يكسر الشيء ما يحكم له من مال الكاسر، من أبواب الاحكام، جامع الترمذي مع العارضة (٦/١١٣). في الروضة الندية شرح الدرر البهية (٢/٣١٩) ذكر بأن الحافظ حسنه في الفتح (٥/١٢٥).

(٦) فليت العامري هو: أفلت بن خليفة العامري ويقال الذهلي أبو حسان الكوفي ويقال له فليت. انظر: التهذيب (١/٣٢٠).

(٧) هي جسرة بنت دجاجة بنت نوفل بن أسد القرشية الأسدية أخت عقبة بن أبي معيط لأمه هكذا أنسبها الزبير، روت عن النبي ﷺ. قال الشافعي: لها سبقة وهجرة قديمة عاشت إلى ولاية معاوية. انظر: التهذيب (١٢/ ٤٣٢).

(٨) أخرجه أبو دواد في: باب من أفسد شيئاً يغرم مثله، من كتاب البيوع، سنن أبي داود (٢/٢٦٧)، أخرجه النسائي في باب الغيرة، من كتاب عشرة النساء، المجتبى (٧/٦٦).

وإسناده حسن. قال أحمد[١]: فليت العامري ما أرى به بأساً. وقال الدارقطني[٢]: كوفي صالح، وأورده أبو حاتم بن حبان[٣][٤] في الثقات مع جسرة بنت دجاجة. وفي كتاب مسلم من حديث أبي رافع[٥] «**أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره**»[٦].

ويروى أن عثمان وابن مسعود «قضيا على من استهلك فصلاناً بفصلان مثلها»[٧]؛ ولأن فيه جمعاً بين القيمة والمماثلة فتعين كما في المكيل والموزون، وأما تقويم الحر فقد يكون لتعذر المماثلة في الرقيق لوقوع التفاوت في الخلق والخلق، وقد يكون لدفع ضرر الشركة فإنا لو أجبنا المثل من عبد آخر لأدّى على مشاركة من لا يلائمه، والله أعلم.

---

(١) انظر: التهذيب (٣٢٠/١).

(٢) انظر: التهذيب (٣٢٠/١).

(٣) هو الإمام العلامة، الحافظ المجود، شيخ خرسان، أبو حاتم، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد بن سهيد التميمي الدارمي البستي، صاحب الكتب المشهورة، توفي سنة (٣٥٤هـ). انظر: تذكرة الحفاظ (٩٢٠/٣، ٩٢٤)، سير أعلام النبلاء (٩٣/١٦، ١٠٢).

(٤) انظر: التهذيب (٣٢٠/١).

(٥) هو: أبو رافع مولى رسول الله ﷺ قيل له أسماء عديدة أشهرها أسلم. انظر: تهذيب الكمال (٣٠١/٣٣).

(٦) أخرجه مسلم في: باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه..، من كتاب المساقاة صحيح مسلم (١٢٢٤/٣، ١٢٢٥)، وأبو داود، في: باب في حسن القضاء، من كتاب البيوع. سنن أبي داود (٢٢٢/٢)، والترمذي، في باب ما جاء في استقراض البعير..، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذي (٥٦/٦ ـ ٥٨)، النسائي في باب: استسلاف الحيوان واستقراضه، من كتاب البيوع. المجتبى (٢٥٦/٧). وابن ماجه في: باب السلم الحيوان، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه (٧٦٧/٢)، والدارمي، في باب في الرخصة في استقراض الحيوان، من كتاب البيوع. سنن الدارمي (٢٥٤/٢). والإمام مالك، في: باب ما يجوز من السلف، من كتاب البيوع. الموطأ (٦٨٠/٢). والإمام أحمد في المسند (٣٩٠/٦).

(٧) ما جاء عن عثمان وابن مسعود نقله ابن حزم في المحلى (١٤١/٨).

فصل

يجب في المثل مساواة الأصل في صفاته لأن الوصف مال، فوجب ضمانه كالأصل ولا اعتبار بمساواته في القيمة يوم الغصب. وقد تقدم نصه[١] في الرجل يدفع إليه الحنطة رهناً أو وديعة فيأكل بعضه؟ قال: عليه بر مثله. قيل له: فالبر يوم دُفِع كان قيمته مائة واليوم قيمته ثلاثون. فكأنه ذهب إلى أنه ليس عليه إلا بر مثله، وهذا لأن المثلية سدت مسد القيمة فلا أثر إذاً لتفاوتها.

وأيضاً فزمن الاغتصاب ليس بحال غرامة، فلا اعتبار بخلاف يوم التلف فإن المساواة في الوصف حالة إذاً معتبرة كما ذكرنا لأنها حال الغرامة، فتكون القيمة مساوية حينئذٍ للتساوي في الذات والوصف لم يجد المثل إلا بزيادة قيمة لزم شراوه وذكره في الكافي[٢]؛ لأنه أمكن أداء الواجب فلزمه كما لو توقف رد الأصل على غرامة مال. انتهى.

فصل

انتقل المثل إلى مثلية أخرى كان رطباً فصار تمراً أو سمسماً فصيره شيرجاً، ثم تلف ضمنه المالك بمثل ما شاء منهما ذكره في الكافي[٣]. وقال به الشافعية[٤] لثبوت ملكه على كل واحد من المثلين، فكان له الرجوع بما شاء من مثله.

---

(١) سبق ذكره ص(١٤٦).

(٢) انظر: الكافي (٢/٤٠٣).

(٣) انظر: الكافي (٢/٤٠٣).

(٤) انظر: شرح روض الطالب (٢/٣٤٧)، مغني المحتاج (٢/٢٨٢)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/٢٢٨، ٢٢٩).

المسألة الثالثة:

إن تعذر المثل الواجب بالكلية وجبت القيمة لأنها أحد البدلين، فوجب عند تعذر أصله كالآخر[١]، وبماذا يعتبر؟ أورد في الكتاب ثلاثة أوجه[٢].

أحدها: بيوم التعذر. وهو المعول عليه في المذهب[٣] واختيار المصنف[٤] وأبي الخطاب[٥] وآخرين ولم يورد طائفة منهم سواه أخذوه من نصه في اعتبار القيمة بيوم التلف في المتقومات[٦] وبه قال محمد بن الحسن[٧] وزفر والشافعية في وجه وممن اختاره منهم أبو علي الزجاجي[٨] والحناطي[٩] والماوردي[١٠]؛ لأن القيمة إنما وجبت حين

(١) انظر: المغني (٤٠٥/٧)، الكافي (٤٠٣/٢)، الشرح الكبير (٤٢٩/٥)، المبدع (١٨١/٥)، الإنصاف (١٩١/٦)، كشاف القناع (١٠٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩١/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠٥/٥)، التمام (٧٢/٢).

(٢) ذكر الشارح ثلاثة أوجه: الوجه الثاني سيأتي ذكره ص(١٦٢)، والوجه الثالث ص(١٦٢).

(٣) انظر: المغني (٤٠٥/٧)، الكافي (٤٠٣/٢)، الشرح الكبير (٤٢٩/٥)، المبدع (١٨١/٥)، الإنصاف (١٩١/٦)، كشاف القناع (١٠٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩١/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠٥/٥).

(٤) المقنع (٢٤٨/٢).

(٥) انظر: الهداية ص(١٩٢).

(٦) انظر: المغني (٤٠٥/٧)، الكافي (٤٠٣/٢)، المبدع (١٨١/٥)، الإنصاف (١٩١/٦)، كشاف القناع (١٠٧/٤).

(٧) بدائع الصنائع (١٥١/٧)، تحفة الفقهاء (٩٧/٣)، الجامع الصغير ص(٤٦٥).

(٨) أبو على الزجاجي هو: عبد الرحمٰن بن إسحاق، أبو القاسم البغدادي النحوي. انظر: سير الأعلام (١٥/ ٤٧٥).

(٩) الحناطي هو: الحسن بن عبد الرحمٰن بن الحسن المكي، أبو علي الشافعي. السير (١٨/ ٣٨٤).

(١٠) الماوردي هو: أبو الحسن بن محمد بن حبيب الماوردي، الشافعي،إمام جليل الشأن وهو صاحب (الحاوي) و (أدب الدنيا والدين) والأحكام السلطانية، توفي سنة (٤٥٠هـ).

=

التعذر لأن الأصل هو المثل فاعتبرت بيوم فقده كاعتبارها فيما لا مثل له بيوم التلف(١).

ثم الواجب قيمة المثل هذه عبارة أكثر الأصحاب أو جمهورهم(٢)، ومنهم من عبر بما يقتضي قيمة المغصوب وجعل الشافعية(٣) ذلكل على وجهين ثم وجهوا:

الأول: بأن المثل هو الواجب عند التلف.

والثاني: بأن المغصوب هو المتلف على المالك، وهذا الاختلاف لا أثر له فإن قيمة المغصوب وقيمة المثل في الزمن الواحد متحدة، فلا فائدة في تعيين أحدهما بالوجوب دون الآخر، وإنما وقع التعيين بقيمة المثل لأن تعذره هو الموجب للقيمة فكان مسنداً إسناد الحكم إلى السبب القريب.

الثاني: بيوم قبض القيمة. اختاره ابن عقيل(٤)، وهو منسوب إلى القاضي(٥) ومحكي عن أبي حامد الإسفراييني(٦) من الشافعية(٧)؛ لأنها

= انظر: طبقات الشافعية الكبرى (٢٦٧/٥، ٢٨٥).

(١) انظر: فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٧٣)، روضة الطالبين (١١٠/٤)، مغني المحتاج (٢٨٣/٢)، شرح روض الطالب (٣٤٥/٢، ٣٤٦)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٢٩).

(٢) انظر: الإنصاف (١٩١/٦).

(٣) انظر: فتح العزيز مطبوع مع المجموع شرح المهذب (١١، ٢٧١، ٢٧٢)، روضة الطالبين (١١٠/٤).

(٤) انظر: الإنصاف (١٩١/٦).

(٥) انظر: المغني (٤٠٥/٧)، الكافي (٤٠٣/٢)، الشرح الكبير (٤٢٩/٥)، المبدع (١٨١/٥)، الإنصاف (١٩١/٦).

(٦) أبو حامد الأسفراييني هو: الأستاذ العلامة، شيخ الإسلام، أبو حامد، أحمد بن أبي طاهر محمد بن أحمد الأسفراييني، شيخ الشافعية ببغداد توفي سنة (٤٠٦هـ). انظر: طبقات الشيرازي ص(١٠٣)، سير أعلام النبلاء (١٧/ ١٩٣).

(٧) انظر: فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٧٤)، روضة الطالبين (١١١/٤)، مغني المحتاج (٢٨٣/٢).

إنما تتعين عند القبض إذ حق المالك لا ينقطع عن المثل بدليل أنه لو وجده قبل القبض لكان له أخذه كما سنذكره[١].

الثالث: بيوم تلف المغصوب أورده رواية عن أحمد[٢] أخذاً من إيرادها في المجرد، كذلك هو وجه للشافعية[٣] لأن الغرم إنما وجب حينئذ فتُقَدر به، وهذا لا أصل له عن أحمد باعتبار ما استشهد القاضي عليه فإنه استشهد برواية الأثرم في رجل أخذ من رجل أرْطالاً[٤] من كذا وكذا: ولم يقاطعه على سعره فقال أحمد: إذا حاسبه أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم يحاسبه[٥].

وبنصه أيضاً في حوائج البقال[٦]: يعطيه على السعر يوم الأخذ، وكلاهما لا يفيد ما قال، فإنهما وردا في الأصل على معنى البيع. كذلك رويناه في كتاب الأثرم والأخذ على هذا المعنى موجب للعوض حالتئذٍ فيتقيد بها ولا كذلك القيمة ها هنا، فإنها إنما تجب بفقد المثل وذلك لا تعلق له بزمن التلف[٧].

---

(١) سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى ص(١٦٤).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٠٥)، الكافي (٢/٤٠٣)، المبدع (٥/١٨١)، الإنصاف (٦/١٩١).

(٣) انظر: فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٧٣)، روضة الطالبين (٤/١١٠)، مغني المحتاج (٢/٢٨٣).

(٤) الرطل هو: يساوي ١٤٢٨ جرام للفضة أما لغير الفضة الأوزان التي عادة ما يطلق الفقهاء فيكون وزنها ٤٠٧ جرامات انظر معجم لغة الفقهاء.

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (١/٤١٥)، المغني (٧/٤٠٥)، الشرح الكبير (٥/٤٣٠).

(٦) حوائج البقال: أي حوائج متقومة كفواكه، وبقول ونحوها، من بقال ونحوه ـ كجزار، وزيات.

انظر: كشاف القناع (٤/١٠٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٢)، حاشية الروض المربع (٥/٤٠٦).

(٧) انظر: المغني (٧/٤٠٥)، الشرح الكبير (٥/٤٣٠)، الإنصاف (٦/١٩٥)، كشاف القناع (٤/١٠٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٢)، حاشية الروض المربع (٥/٤٠٦).

وذكر أبو الحسين في التمام[١] وابن بكروس في الأعلام، وشيخنا ابن الصيرفي[٢] في النوادر روايتين أخريين[٣]إحداهما: الاعتبار بيوم الغصْب، وهو قول أبي يوسف[٤]؛ لأن القيمة بدل والبدل إنما يجب بما وجب المبدل وذلك هو الغصب فوجب الاعتبار بيومه، وهذا قد يتمشى على الرواية باعتبار القيمة حين الغصب في المتقومات. وقد أشار في النوادر إلى أخذها من نصه من رواية مهنا في الرجل يستقرض المكسرة ثم يحرمها السلطان، قال: عليه قيمتها ذهبا بيوم أخذها، فالاستقراض كإتلاف العين ومنع السلطان انقطاع للمثل.

والثانية: بيوم المحاكمة[٥] وهو قول أبي حنيفة[٦] ومالك[٧] والشافعية[٨] في وجه استدل له بأن القيمة لا تنتقل إلى الذمة إلا بحكم الحاكم إذا المثل لو أمكن بعد تعدده لأخذه وفيه بحث، فإن انتقالها إلى الذمة ثابت بدون الحكم لصيرورته كما لا مثل له. وأيضاً، فالقبض لو

(١) انظر: التمام (٢/٧٢).

(٢) ابن الصيرفي هو: يحيى بن أبي منصور الحبشي المعروف بابن الصيرفي المتوفى سنة (٦٧٨هـ).

كتابه نوادر المذاهب وهو من المتون التي لم يلحقها شرح أو غيره وله في الكتب المفردة: كتاب في عقوبات الجرائم، وله في الكتب الجوامع: مختصر الفنون. وله في الأصول: انتهاز الفرص فيمن أفتي بالرخص.

انظر: المدخل المفصل (٢١/٨١٨ ٩٨٣).

(٣) هناك روايتان: الرواية الثانية سيأتي ذكرها ص(١٦٤).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥١)، تحفة الفقهاء (٣/٩٧)، الجامع الصغير (ص٤٦٥).

(٥) انظر: المغني (٧/٤٠٥)، المبدع (٥/١٨١)، الإنصاف (٦/١٩٢).

(٦) انظر: المبسوط (١١/ ٥٠)، بدائع الصنائع (٧/١٥١)، تحفة الفقهاء (٣/٩٧)، الجامع الصغير (ص٤٦٥).

(٧) انظر: التفريع (٢/٢٧٤، ٢٧٥)، الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٢٩).

(٨) انظر: المهذب (١/٣٦٨)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٧٤)، روضة الطالبين (٤/١١٠)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٢٩).

تأخر عن الحكم ثم وجد المثل لكان هو الواجب عيناً كما قبل الحكم، فلا أثر له فيما ذكروه.

وذكر أبو الخطاب وجهاً سادساً: بوجوب أقصى قيم المثل من يوم الغصب إلى يوم التعذر[(١)]، كما هو الأصح من مذهب الشافعي[(٢)] بناءً على القول بأقصى قيم المغصوب إلى يوم التلف؛ لأن المثل كالعين المغصوبة من جهة كونه مأموراً بتسليم المثل كما هو مأمور بتسليم العين، فكانت زيادة القيمة في المدتين مضمونة فعلى هذا لو أتلف مثلياً من غير غصب، فلم يُسلّم المثل حتى فقد كان عليه أقصى القيم من يوم الإتلاف إلى يوم الإعواز لمساواته للغاصب في هذه الحالة.

فصل

ولو قدر على المثل بعد إعوازه، فإما قبل قبض القيمة أو بعده، أما قبل: فلا إشكال في عود الوجوب إلى المثل ذكره المصنف[(٣)] وسواء كان محكوماً به أو لا؛ لأن الأصل مقدور عليه قبل أداء البدل فتعين كما في القدرة على الماء بعد وجود التيمم، وأما بعد القبض فيستقر البدل ولا عود[(٤)].

المسألة الرابعة:

القمية فيما لا مثل له معتبرة بيوم التلف هذا هو الصحيح

---

(١) انظر: المبدع (١٨١/٥)، الإنصاف (١٩٢/٦)، الهداية للكلوذاني (ص١٩٢).

(٢) انظر: المهذب (٣٦٨/١)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٧٢، ٢٧٣)، روضة الطالبين (١١٠/٤، ١١١)، شرح روض الطالب (٣٤٥/٢، ٣٤٦)، مغني المحتاج (٢٨٣/٢)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٢٩).

(٣) انظر: المقنع (٢٤٨/٢).

(٤) انظر: المغني (٤٠٥/٧)، الشرح الكبير (٤٢٩/٥)، المبدع (١٨١/٥، ١٨٢)، الإنصاف (١٩٢/٦)، كشاف القناع (١٠٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٢/٣).

والمشهور[١].

قال جعفر بن محمد النسائي[٢]: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الغاصب متى يضمن ما يستهلك؟ قال: يوم يستهلك.

ورويناه عن أبي جعفر بن مشيش في مسائله قال: سئل يعني أبا عبد الله عن رجل اغتصب من رجل ثوباً، فقال: له قيمته قبل يوم يغتصبه أو يوم يستهلكه؟ قال: يوم يستهلكه؛ لأنه ما دام في يديه فهو مال الأول[٣].

وفي الجامع عن حنبل قال: سمعت أبا عبد الله وسئل عن رجل غصب جارية قيمتها ألف فبلغت أن تساوي مائتين ثم ماتت ما عليه؟ قال: عليه قيمتها يوم ماتت؛ لأنها كانت في ضمانه[٤].

وروى ابن مشيش عن أبي عبد الله أنه قال ويرد عليه يوم استهلك - يعني: القيمة - وقد مر في المسألة الثانية[٥].

وأورد في الكتاب[٦] وجهاً مخرجاً باعتبارها بيوم الغصب، وكذلك أورد أبو الخطاب[٧] في كتابه أخذاً من قول أحمد في حوائج البقال يعطيه على سعرها يوم أخذ. وفرق بينهما بأن الحوائج يملكها الآخذ بأخذها. وينقطع حق المالك عن عينها متعلقاً بعوضها فتقدر العوض

---

(١) انظر: المبدع (١٨٢/٥)، الإنصاف (١٩٤/٦)، كشاف القناع (١٠٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٢/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠٥/٥).

(٢) هو: جعفر بن محمد النسائي، روى عن الإمام أحمد رحمه الله أجزاء صالحة ومسائل كثيرة، وقتل بمكة، في شيء من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. انظر: طبقات الحنابلة (١٢٤/١).

(٣) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٤١٤/١).

(٤) انظر: الروايتين والوجهين (٤١٤/١)، الإرشاد (٢٥٧/٢).

(٥) سبق ذكرها ص(١٥٣).

(٦) انظر: المقنع (٢٤٨/٢).

(٧) انظر: الهداية للكلوذاني ص(١٩٢)، الإنصاف (١٩٤/٦، ١٩٥).

بحالة الأخذ والمغصوب باقٍ على ملك المغصوب منه ولا تعلق له بعوضه قبل تلفه فلا يتقدر بحالة أخذه، ولربما قيل بأن قوله هذا مؤدياً للأول فإن حوائج البقال تستهلك غالباً يوم أخذها وبتقدير كونها لا تستهلك يومئذ، فالأخذ كالاستهلاك لتفويت عينها على المالك كما ذكرنا فاعتبر بحالتئذ على أن أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ نصَّ عليه تصريحاً.

لكن رجع فروى إسحاق بن منصور أنه قال لأبي عبد الله: الرجل يستهلك للرجل الطعام أو شيئاً من العروض: ما عليه؟ قال: عليه قيمته يوم غصبه عاودته بعد ذلك فجبن عنه. انتهى[١].

وممن قال بالاعتبار يوم الغصب أبو حنيفة[٢] ومالك[٣] لأنه الموجب للضمان فتقدر بحال وجوده كالإتلاف ومن الأصحاب من حكى رواية بوجوب أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف أخذا من إيراد الخرقي[٤].

ولو غصبها حاملاً، فولدت في يده ثم مات الولد، أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته[٥] وهو اختيار السامري[٦]، وقول الشافعي لأنها حالة الزيادة واجبة الرد فوجب حينئذ كون الزيادة مضمونة.

قال القاضي في كتاب الروايتين[٧]: ما وجدت رواية بذلك؛ يعني: بما قال الخرقي.

---

(١) انظر: الروايتين والوجهين (١/٤١٤).
(٢) انظر: المبسوط (١١/ ٥٠)بدائع الصنائع (٧/١٥١)، تحفة الفقهاء (٣/٩٧)، ملحوظة: ذكر فيهم بأن من قال الاعتبار بيوم الغصب هوأبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ بينما نجد أن أبا حنيفة يقول: يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون.
(٣) انظر: المدونة الكبرى (٥/٣٥٣).
(٤) انظر: الإنصاف (٦/١٩٥).
(٥) انظر: الشرح الكبير (٥/٤٣١)، الإنصاف (٦/١٩٥).
(٦) انظر: الإنصاف (٦/١٩٥).
(٧) انظر: الروايتين والوجهين (١/٤١٤)، والإنصاف (٦/١٩٥).

وهو عندي غير منافٍ للأول، فإن قيمة الولد بعد الولادة تتزايد بتزايد رتبته، فتكون يوم موته أكثر ما كانت.

وعلى هذا يتعين حمل ما قال، لأنه المعروف من نص أحمد، وما عداه من ذلك لا يعرف من نصه[١].

ووجه الأول: أن القيمة منتفية الوجوب قبل التلف؛ إذ العين قائمة ووجوب رد العين والقيمة لا يجتمعان فلا اعتبار لها بما قبله. وأيضاً فمتلف وجب ضمانه بالقيمة فوجب الاعتبار بحالة التلف كما في الإتلاف من غير غصب. وأما أن الزيادة مضمونة لوجوب الرد حالة الزيادة فلا يصح لأنه لو كان كذلك لوجب ردّها مع ردِّ العين كما وجب ردها للسمن ونحوه مع رد العين وذلك منتف، فضمان الزيادة حينئذٍ منتفية[٢].

فصل

وحكم المقبوض في العقد الفاسد (وما أجري مجراه)[٣] حكم المغصوب في اعتبار الضمان بيوم التلف لما ذكرنا[٤] وكذا المتلف بلا غصب بغير خلاف؛ لإيجاد زمن الوجوب والسبب ولو سرت الجناية فنقصت القيمة بأن جنى عليه وقيمته مائة فتناقصت بالسراية خمسين فتلف والقيمة خمسون لزمه المائة لاتصال التلف بالزياده، والله تعالى أعلم[٥].

---

(١) الإنصاف (٦/١٩٥).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٠٣، ٤٠٤)، الشرح الكبير (٥/٤٣١، ٤٣٢).

(٣) وما أجري مجراه: أي مجرى المقبوض بعقد فاسد كالمقبوض على وجه السوم مما لم يدخل في ملك المتلف له، فيضمن مثلي بمثله ومتقوم بقيمته، فلو دخل تالف في ملك متلفه بأن أخذ معلوماً بكيل أو وزن فإنه لا يجب عليه المثل في المثلي ولا القيمة في المقتوم بل يعطيه بسعر يوم أخذه. انظر: كشاف القناع (٤/١٠٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٢).

(٤) سبق ذكره ص(١٦٢).

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (١/٤١٤، ٤١٥)، الإنصاف (٦/١٩٥)، كشاف القناع =

المسألة الخامسة:

في الكتاب اعتبار التقويم ببلد الغصب(١)، وكذا قال أبو الخطاب(٢) ومن تابعه. وعلل بأنه محل الضمان. فاختص به دون غيره.

وهذا فيه نظر، فإنه إنما يتمشى على اعتبار الضمان بيوم الغصب؛ لأنه إذاً محل الضمان(٣).

أما على اعتباره بيوم التلف. كما هو الصحيح. فالاعتبار إذن إنما هو بمحل التلف. لأنه محل الضمان، حيث وجد سببه فيه. فوجب الاعتبار به(٤) وقد أشار صاحب التلخيص إلى ما قلنا. فإنه قال: لو غصب في بلدٍ، وتلف في بلد آخر، ولقيه في ثالث: كان له المطالبة بقيمة أي البلدين شاء من بلد الغصب والتلف، إلا أن نقول: الاعتبار بيوم القبض، فيطالب بالقيمة في بلد الغصب(٥).

فاعتبر القيمة بالمحل الذي وجد فيه السبب.

وما قاله من التخيير بين بلد الغصب وبلد القيمة، فعلى القول بأقصى القيم لأنه حينئذ يكون مخيراً(٦)، ولو غصبه ببادية اعتبر بأقرب بلد إلى المكان الذي به سبب الضمان لأنه أولى بها من غيره هذا ما إذا اتحد بالإقليم. أما إن اختلفا فالاعتبار بإقليم تلك البادية، وإن بعدت بلاده عنها لأنها به أمس وإليه أنسب وله أتبع فكان أولى إلا أن تكون

= (١٠٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٢/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠٨/٥).

(١) انظر: الإنصاف (١٩٥/٦)، الشرح الكبير (٤٣٠/٥)، المبدع (١٨٢/٥)، كشاف القناع (١٠٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٢/٣).

(٢) انظر: الإنصاف (١٩٥/٦).

(٣) انظر: الإنصاف (١٩٥/٦).

(٤) انظر: الإنصاف (١٩٦/٦).

(٥) انظر: الإنصاف (١٩٦/٦).

(٦) انظر: الكافي (٤٠٤/٢)، المبدع (١٨٢/٥)، الإنصاف (١٩٦/٦)، كشاف القناع (١٠٨/٤) شرح منتهى الإرادات (٨٩٢/٣).

خارجة عن حدود الإقليم فيكون كالأول وتعتبر بأقرب البلاد إليها لما ذكرنا، والله أعلم.

المسألة السادسة:

الاعتبار بنقد البلد لأنه محل الضمان، ولأنه المعتبر في العقود فإن كان بها نقود أخذ من غاليها؛ لأنه في العقود كذلك فها هنا كذلك قياساً عليه، وهذا ما إذا كان المتلف من غير جنس الأثمان. أما إن كان من جنسها، فيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى[١]، وبذلك كله قال الشافعي[٢] وغيره.

قال: (فإن كان مصوغاً[٣]، أو تبراً[٤] تخالف قيمته وزنه[٥]، قوَّمه بغير جنسه، فإن كان محلى بالنقدين معاً، قوَّمه بما شاء منهما وأعطاه بقيمته عرضاً)[٦].

قال في المحكم[٧]: التبر الذهب كله وقد (...)[٨] قيل الذهب المكسور، وعن ابن جني[٩]: لا يقال تبر حتى يكون في تراب معدنه

(١) سيأتي ذكره ص(١٧١).
(٢) انظر: شرح روض الطالب (٣٤٧/٣)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٢٨/١٤).
(٣) مصوغاً مباحاً: أي فيه صناعة كمعمول ذهب وفضة من أساور وخلاخيل ودمالج ونحوها، وكمعمول نحاس ورصاص ومغزول صوف وشعر ونحوه كمغزول قطن وكتان. انظر: كشاف القناع (١٠٧/٤)، وشرح منتهى الإرادات (٨٩٢/٣).
(٤) تبراً: التبر ما كان من الذهب غير مضروب، قال الجوهري: وبعضهم يقوله للفضة: انظر: الصحاح (٦٠٠/٢)، المطلع ص(٢٧٦).
(٥) تخالف قيمته وزنه: بزيادة أو نقص ضمن بقيمته، لأن الصناعة تؤثر في القيمة والقيمة فيه حصر، وكذا مالا يصح السلم فيه من جوهر ونحوه.
انظر: كشاف القناع (١٠٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٢/٣).
(٦) المقنع (٢٤٨/٢، ٢٤٩).
(٧) انظر: المحكم لابن سيده (٤٣/٢).
(٨) في هذا الموضع زيادة هي (وقد).
(٩) ابن جني هو: إمام العربية أبو الفتح عثمان بن جني الموصلي، صاحب التصانيف، =

أو مكسوراً، وعن أبي عبيدة[1] وابن فارس[2] ما هو من الذهب والفضة غير مصوغ. وقيل ما استخرج من المعدن من جميع جواهر الأرض قبل صياغته واستعماله[3].

وفي الجملة مسألتان[4] إحداهما: استهلك ذهباً أو فضة، فإما مضروبان، فمثليان يضمنان بالمثل بلا إشكال.

وإما لا مضروبان، فإما مصوغان أو لا.

أحد القسمين أن لا يكونا مصوغين: فإن قيل بمثليته ـ كما هو الصواب ـ فكذلك يضمنان بالمثل[5].

وإن قيل: بتقويمه ـ وهو الوارد في المتن[6] ـ فإن كان من جنس نقد البلد، واستويا زنة وقيمة: فمضمون بالزنة من نقد البلد. لاستوائهما[7].

وإن اختلفا. وهي مسألة الكتاب[8]: بأن كانت زنة المتلف تسعين والقيمة مائة أو بالعكس فمضون بغير الجنس حذراً من الربا، وذكره أيضاً

= توفي سنة (٣٩٢هـ).
انظر: السير (١٧/١٧)، العبر (٥٣/٣).

(١) أبي عبيدة هو: أبي عبيدة معمر بن المثنى التيمي من تميم قريش توفي سنة (٢١٠هـ)، وقيل: (٢١١هـ)، وقيل: وتسع، وقيل: وثمان. انظر: الفهرست لابن النديم ص(٧٩).

(٢) ابن فارس هو: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي توفي سنة (٣٩٥هـ). انظر: حلية الفقهاء ص(٨٠٦).

(٣) ما ذكره ابن فارس نقلاً عن أبي عبيدة. انظر: حلية الفقهاء ص(٨٠٦).

(٤) فيما ذكر الشارح مسألتان المسألة الأولى ها هنا والثانية سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى ص(١٧٣).

(٥) انظر: الإنصاف (١٩٧/٦).

(٦) انظر: المقنع (٢٤٩/٢)، الإنصاف (١٩٧/٦).

(٧) انظر: الإنصاف (١٩٧/٦).

(٨) انظر: المقنع (٢٤٩/٢)، الإنصاف (١٩٧/٦).

القاضي وابن عقيل وغيرهما[١].

وان كان مغايراً لجنس نقد البلد، بأن كان المتلف ذهباً، ونقد البلد دراهم، أو بالعكس: ضمن بغالب نقد البلد[٢]، لاتقاء الربا فهو كما لو كان المتلف ثوباً؛ ولأن جريان التعامل بأحد النقدين دون الآخر مخرج لذلك الآخر عن وصف الثمنية في ذلك البلد ومصيراً له كالعرض ذكر هذا ابن عقيل.

القسم الثاني: أن يكونا مصوغين. فإن قيل: بالمثلية في مثله ـ كما تقدم ـ وجب المثل زنة وصورة كما لو كانا مضروبين، وإن قيل بالتقويم فيه كما هو المشهور فإن اتحدا قيمة ووزنا لسوء الصناعة: ضمن بزنته من نقد البلد كيف كان، لانتفاء التفاضل. وإن اختلفا: بأن كانت الزنة عشرين والقيمة ثلاثين وجبت القيمة من غير الجنس[٣].

هذا ما قال المصنف[٤] وأبو الخطاب، ومن تبعه وهو مذهب الثوري، وأبي حنيفة[٥] ومالك[٦] وغيرهم. ووجه لأصحاب الشافعي[٧] لأنا لو أوجبنا القيمة من الجنس لأدى إلى الربا حيث كان عوضاً عن المتلف فهو كالبيع، ولو أجبنا مثل الزنة لأدى إلى إبطال حق المالك في الجودة والصناعة، فأوجبنا البدل من غير الجنس رعاية لأمرين.

وقال القاضي[٨]، وابن عقيل[٩]: يجوز أداء القيمة من الجنس وهو

---

(١) انظر: المغني (٧/٣٦٣)، الإنصاف (٦/١٩٧).
(٢) الإنصاف (٦/١٩٨).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/١٩٨)، المغني (٧/٣٦٣).
(٤) المقنع (٢/٢٤٨، ٢٤٩).
(٥) انظر: المبسوط (١١/٨٨).
(٦) انظر: المدونة الكبرى (٥/٣٦٣، ٣٦٤).
(٧) انظر: المهذب (١/٣٦٨)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/٢٧٩، ٢٨٠)، روضة الطالبين (٤/١١٤).
(٨) انظر: المغني (٧/٣٦٣)، الإنصاف (٦/١٩٨).
(٩) انظر: الإنصاف (٦/١٩٨).

الأصح من مذهب الشافعي[١] لتأثير الصناعة في الغرامات لا في العقود بدليل إيجاب الإرش في الكسر وانتفاء العوض عنها في البيع والحاصل انتفاء الربا في الغرامات دون البياعات وهو الأظهر؛ لأن النص إنما دل على انتفائه في عقد المعاوضة.

ومعنى المعاوضة: ليس مقصوداً في الغرامة إنما هي استدراك ظلامه إذ لو كان مقصوداً للزم الربا في أمر آخر وهو النساء، فإنه واقع بين أخذ العوض وبذل العوض، وذلك منتف فمعنى المعاوضة منتفى. هذا ما إذا كان المصنوع مباحاً.

أما إن كان محرماً كالأواني فمن منع اتخاذها أجراها مجرى السبيكة؛ أي: تضمن بالزنة. وذلك مذهبنا[٢] وصحيح مذهب الشافعي[٣] وقد نص أحمد على انتفاء الضمان فيه قال من رواية المروذي[٤] فيمن كسر إبريق فضةٍ: لا ضمان عليه؛ أي: أن صناعته غير مضمونة لأنها محرمة فيكون (لاغية)[٥] لا قيمة لها ومن جوز اتخاذها أجراها مجرى الحلي المباح[٦]، فيجري فيه ما تقدم[٧]. وممن قال بتضمينها كالحلي

(١) انظر: فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٧٩)، روضة الطالبين (٤/ ١١٤).
(٢) انظر: المغني (٧/ ٣٦٤)، الشرح الكبير (٥/ ٤٣٢، ٤٣٣)، المبدع (٥/ ١٨٣)، الإنصاف (٦/ ١٩٨)، كشاف القناع (٤/ ١٠٧، ١٠٨)، شرح منتهى الارادات (٣/ ١٩٢، ١٩٣).
(٣) انظر: المهذب (١/ ٣٦٨)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٠)، روضة الطالبين (٤/ ١١٤)، شرح روض الطالب (٢/ ٣٤٧)، مغني المحتاج (٢/ ٢٨٣)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٣٦).
(٤) المروذي هو: أبو بكر أحمد بن محمد بن الحاج المروذي، كان أجل أصحاب الإمام أحمد، وهو الذي تولى إغماضه لما مات وغسله وروى عنه مسائل كثيرة، توفي سنة (٢٧٥هـ). انظر: طبقات الحنابلة (١/ ٥٦، ٦٣)، العبر (٢/ ٥٤).
(٥) في هذا الموضع كلمة لم أتمكن من معرفتها رسمها هكذا (لا عير) لعله يقصد بها ما قد أثبته في المتن.
انظر: المغني (٧/ ٤٢٨).
(٦) انظر: المبدع (٥/ ١٨٣)، الإنصاف (٦/ ١٩٨).
(٧) سبق ذكره ص(١٧٢).

أبو حنيفة[١].

المسألة الثانية:

استهلك ما اجتمع فيه النقدان وكان خالياً من أحدهما محلاً بالآخر فالواجب القيمة من غير الجنس وهو العوض مقوماً بأيهما شاء[٢]. أما من غير الجنس محذراً من الربا للجهالة بقدر كل واحدٍ منهما والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل وبتقدير العلم فأما مع الزنة، فإلغاء حق الصناعة. وإما مع التفاضل، فمحض الربا.

وأما التقويم بأيهما شاء فلأن كل منهما ينضبط به قيم الأشياء، فوجب الاعتبار به[٣]. وهذا على أصل المصنف[٤] وموافقته في المسألة الأولى أما على أصل القاضي، ومن وافقه: فجائز تضمينه بالجنس[٥] على ما مر.

فصل

ولو كسر الحلي وجب الإرش من النقود مطلقاً ذكره القاضي وغيره وافق الجنس أو خالف[٦] وهو قول مالك[٧] والشافعي[٨]، وقال

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٣/٩١، ٩٢).
(٢) انظر: الإنصاف (٦/١٩٨)، الشرح الكبير (٥/٤٣٣)، المبدع (٥/١٨٣)، كشاف القناع (٤/١٠٧)، شرح منتهى الارادات (٣/٨٩٢).
(٣) انظر: الشرح الكبير (٥/٤٣٣)، والمبدع (٥/١٨٣)، وكشاف القناع (٤/١٠٧)، وشرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٢).
(٤) المقنع (٢/٢٤٩).
(٥) انظر: الإنصاف (٦/١٩٨).
(٦) انظر: المغني (٧/٣٦٣)، الشرح الكبير (٥/٤٣٢).
(٧) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٣١).
(٨) انظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم (٣/٣٣٩).

أبو حنيفة[(١)]: إن أخذه مكسوراً فلا إرش وإلّا فله القيمة ذهباً إن كان فضة وبالعكس ونحوه في القيمة وقول الثوري: أما الإرش إذا أخذه؛ فلأن الصناعة في الأموال الربوية ملغاة إذا لو أخذ قيمتها لكان في معني مبادلة العشر بأحد عشر. وأما أن له القيمة من غير الجنس إن اختاره؛ فلأنه يعني طريقاً إلى حقه.

ولنا: أن عدوان الكسر نقص القيمة فوجب به الإرش كما لو كان ثوباً وكون الصناعة لا تتقوم في المال الربوي غير مسلم، فإن الأجرة تستحق بإيذائها فيه، وليس أخذها مع العين في معنى مبادلة العشرة بأحد عشر.

وأما أن له القيمة من غير الجنس إن اختار؛ فلأنه يعني طريقاً إلى حقه[(٢)].

ولنا: أن عدوان الكسر نقص القيمة، فوجب به الإرش كما لو كان ثوباً وكون الصناعة لا تتقوم في المال الربوي غير مسلم، فإن الأجرة يستحق بإذائها فيه، وليس أخذها مع العين في معنى مبادلة العشرة بإحدى عشر؛ لأن العشرة بأحد عشر معاوضة محضة ونفس الحلي ها هنا لا تعاوض فيه[(٣)]، وأما أن القيمة من غير الجنس تعينت طريقاً، فغير مسلم لما قررنا[(٤)]. وإذا أنجز هذا، فالمنصوص عن أحمد هو الإصلاح[(٥)].

قال إسحاق بن منصور[(٦)]: قلت لأحمد فيمن كسر ذهباً أو فضة

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٩٢/٣).
(٢) انظر: المغني (٣٦٣/٧)، الشرح الكبير (٤٣٢/٥).
(٣) انظر: المغني (٣٦٣/٧)، الشرح الكبير (٤٣٢/٥).
(٤) سبق ذكرها ص(١٧٤).
(٥) انظر: المغني (٣٦٣/٧)، الشرح الكبير (٤٣٢/٥).
(٦) انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهوية برواية الكوسج مسألة رقم (٣١٠) =

قال: يصلحه أحبُّ إليَّ إن كان خلخالاً. وإن كان ديناراً أعطاه ديناراً آخر مثله. انتهى. وهذا أولى وإليه مال ابن عقيل في الفصول لما فيه من جبر النقص مع مماثلة الأصل فهو كالمثل في المثليات وهو مؤيد لاعتبار المثل في الحلي ونحوه ـ كما مر ـ لمراعاة الصورة بالإصلاح وحمل القاضي[١] النص على حالة التراضي لا على الوجوب ابتداءً، وليس بشيء لانتفاء الدلالة عليه من لفظ أو قرينة حال مع أنه قال (ببناء)[٢] الباب إذا خدمه، وهذا في معناه.

قال: (وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي، وقيمة التالف، وأرش النقص. وقيل: لا يلزمه إرشُ النقص)[٣].

إذا غصب مزدوجاً ينقصها التفريق كزوجي خفٍّ ومصراعي بابٍ، فتلف أحدهما، فلا إشكال على أصلنا في رد الباقي منهما، وقيمة التالف. أما رد الباقي فلأن تعلق حق المالك به باق فلا حق له في البدل، وأما قيمة التالف فلأن التلف اقترن به العدوان أو اليد العادية فكان موجباً لما ذكرنا كما في نظائره، وأما إرش نقص الباقي فكذلك لأنه نقص حصل في يده بسبب تعلق به فأشبه ما لو تلف بالكلية في يده[٤].

= صفحة (٣٩٧)، المغني (٣٦٣/٧)، الشرح الكبير (٤٣٢/٥)، والفروع (٣٨١/٤)، الإنصاف (١٩٤/٦).

(١) انظر: المغني (٣٦٤/٧)، الشرح الكبير (٤٣٢/٥).

(٢) في هذا الموضع كلمة لم أتمكن من معرفتها رسمها هكذا (بليا).
ولعل الصواب ما أثبته في المتن أو لعله يقصد بها (ببناء)

(٣) انظر: المقنع (٢٤٩/٢).

(٤) انظر: المغني (٣٨٥/٧)، الشرح الكبير (٤٣٤/٥)، المبدع (١٨٣/٥، ١٨٤)، الإنصاف (١٩٨/٦)، كشاف القناع (١٠٩/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٣/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠٦/٥، ٤٠٧).

وأورد أبو الخطاب[١] وجهاً بعدم وجوب الإرش أورده المصنف[٢] ها هنا فلو كان أصل قيمة الزوج عشرة، فصارت قيمة الباقي ثلاثة فعلى الأول: الواجب سبعة خمسة للتالف واثنان للنقص، وعلى الثاني: الواجب خمسة قيمة التالف فقط ووجه بأن الآخر لم يتلفه، وإنما نقصه قيمة فهو من قبيل تغير الأسعار، والأول المذهب[٣].

والثاني: لا أصل له، ولوهائه أعرض عنه غير واحد من الأصحاب، مع الإطلاع على إيراد أبي الخطاب له[٤].

وإما من قبيل تغير الأسعار فلا يصح، فإن تغير السعر ليس لفوات ذات، أو صفة ولا لسبب من جهة الغاصب بخلاف هذا، فإن ذهاب أحد الزوجين عطل منفعة الآخر وذلك فوات وصف وقع في يده فهو كتعطل منافع العبد لشلل ونحوه[٥].

فصل

أتلف أحدهما من غير غصب، أو غصبه فقطع وتلف في يده، وعادت قيمة الباقي إلى (ثلاثة)[٦] فكذلك عليه أرش أرشه درهمان، وقيمة التالف خمسة وبه قال الأكثرون من الشافعية، أما القيمة فظاهر، وأما الإرش فلتعطل منفعة الباقي أو جزءها بسبب اختص به وقد يجيء

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/١٩٩)، الهداية (١٩٢).
(٢) انظر: المقنع (٢/٢٤٩).
(٣) انظر: المغني (٧/٣٨٥)، الشرح الكبير (٥/٤٣٤)، المبدع (٥/١٨٣، ١٨٤)، كشاف القناع (٤/١٠٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٣).
(٤) انظر: الإنصاف (٦/١٩٩).
(٥) انظر: المغني (٧/٣٨٥)، الشرح الكبير (٥/٤٣٤)، المبدع (٥/١٨٣، ١٨٤)، كشاف القناع (٤/١٠٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٣).
(٦) في المخطوط كتبت هكذا: (يلن)، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

ها هنا الوجه الذي أورده في الصورة الأولى، فلا يلزمه أكثر من خمسة، وهو وجه لأصحاب الشافعي اعتباراً بأن النقص لم يحصل في يده فأشبه ما لو أتلف أحدهما متلف، والآخر آخر فإن كلّاً منهما إنما تضمن خمسة وفرق بينهما بأن المالك لا ضرر عليه ها هنا بخلاف ما نحن فيه، وهو ظاهر[١].

فصل

غصب ثوباً فشقه نصفين بذلك وجب الرد والإرش، ولو تلف أحدهما رد الآخر وقيمة التالف مع الإرش. أما إذا لم ينقصه بأن يكون غليظاً، فلا إرش بحال، ووجب الرد مع البقاء والقيمة مع التلف[٢].

قال: (وإن غصب عبداً فأبق، أو فرساً فشرد، أو شيئاً تعذر رده مع بقائه: ضمن قيمته فإن قدر عليه بعدَ ردِّه: وأخذ القيمة)[٣].

إذا تعذر استرداد المغصوب مع بقائه إما لإباقه أو شروده أو ضياعه أو تعييب الغاصب إياه أو غير ذلك وجب للمالك مطالبته بالبدل ذكره الخرقي في مختصره[٤] وقال به أبو حنيفة[٥] والشافعي[٦] وغيرهما لحصول الحيلولة بينه وبينه ولزوم الضرر بانتظاره ويعبر عنه بضمان الحيلولة، وكذا كل ضمان وجب مع بقاء العين ثم أما هو مثلي وإما

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٤٦/٤).

(٢) انظر: المغني (٣٨٥/٧)، الشرح الكبير (٤٣٤/٥)، المبدع (١٨٣/٥، ١٨٤)، كشاف القناع (١٠٩/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٣/٣).

(٣) انظر: المقنع (٢٤٩/٢).

(٤) شرح الزركشي على مختصر الخرقي (١٨٠/٤) قال لزمته القيمة.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (١٥٢/٧)، تحفة الفقهاء (٩٦/٣).

(٦) انظر: المهذب (٣٦٨/١)، فتح العزيز المطبوع مع المجموع (٢٨٣/١١)، روضة الطالبين (١١٦/٤)، شرح روض الطالب (٣٤٧/٢، ٣٤٨)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٣٧/١٤، ٢٣٨).

لا مثل له، والأخير فرض المتن[١] لقوله: «ضمن قيمته»، وفيه ثلاث مسائل[٢].

إحداها: وجوب ضمانه بالقيمة، وهذا لا إشكال فيه حيث هو متقوم كما مر[٣] ويجب اعتبارها بيوم التعذر؛ لأن التعذر سبب الوجوب فاعتبر بحين الوجوب كالتلف.

قال في التلخيص: ولا يجبر المالك على أخذها؛ يعني: القيمة، ولا يصح الإبراء منها. وذلك لأن قيمة الحيلولة ليست من الحقوق المستقرة في الذمة إذا الأصل باقٍ، فلا يتعلق الحق بالبدل، فلا ينتقل إلى الذمة وإنما ثبت جواز الأخذ دفعاً للضرر. فتوقف على خيرته[٤]. وبهذا قال الشافعي[٥]. انتهى.

الثانية: وجوب رد العين عند القدرة عليها أورده الخرقي في مختصره[٦]، فلا يملكها بدفع القيمة وبذلك قال الشافعي[٧] وداود، وقال أبو حنيفة[٨] إن قضى في قدر فلا القيمة بيمينه فكذلك، وإلّا فلا لدخولها

---

(١) انظر: المقنع (٢/٢٤٩).

(٢) فيما ذكر الشارح ثلاث مسائل المسألة الثانية سيأتي ذكرها إن شاء الله (ص١٧٩). والثالثة ص(١٨٠).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٠٠)، الشرح الكبير (٥/٤٣٦)، المبدع (٥/١٨٤)، الإنصاف (٦/١٩٩)، كشاف القناع (٤/١٠٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٣).

(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٠)، كشاف القناع (٤/١٠٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٣).

(٥) انظر: فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٤)، روضة الطالبين (٤/١١٦)، شرح روض الطالب (٢/٣٤٨).

(٦) شرح الزركشي على محتصر الخرقي (٤/١٧٩).

(٧) انظر: المهذب (١/٣٦٨)، فتح العزيز المطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٣)، روضة الطالبين (٤/١١٦)، شرح روض الطالب (٢/٣٤٨)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٣٧)، رؤوس المسائل ص(٣٤٧).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٥٢)، تحفة الفقهاء (٣/٩٦)، رؤوس المسائل ص(٣٤٧)، =

في ملكه، وعن مالك إن أخفاها فكما قلنا، وإلّا فلا. وجه عدم الرد أن المالك تم ملكه على البدل، فلزم عنه انتقال المبدل لئلا يجتمع البدل والمبدل.

ولنا قول الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقول النبيﷺ: «**لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس**»[١].

ووصف رضى المالك بانتقال ملكه منتف فلا يكون داخلاً في ملك الغاصب، ولأن المالك بذلك يلزم منه نصب العدوان سبباً لإفادة الملك وهو باطل، وأيضاً فالملك حكم مشروع فاقتضى مشروعية سببه، والعدوان على خلافه؛ ولأن تأثير الضمان في إفادة ذريعة إلى التملك بالعدوان والتغيب فوجب انتفاء ترتب الملك عليه حسماً للمفسدة، ولأن الضمان جبران منافي لتفويت ما هو قائم والملك قائم في العين فلا يفوته الجبران؛ ولأنه غرم ما تعذر ردّه، فلا يكون مملوكاً بالغرامة كما لو غصب مدبراً وأبق، فإنه لا يملك بأداء القيمة[٢].

فصل

وإذا ثبت ما قلنا ترتب عليه انتفاء ملك الغاصب للإكساب إعمالاً للأصل، وكذلك انتفاء وجوب النفقة لتوقف الوجوب على وجود الملك، وكذلك انتفاء العتق عليه لو كان قرينه لذلك ويترتب عليه أيضاً استحقاق المالك (لنمائه)[٣] المنفصل والمتصل لحدوثهما على ملكه، وكذلك أجرة

= الجامع الصغير للإمام الحافظ أبي عبد الله الشيباني (٤٦٦).

(١) أخرجه من حديث أنس رضي الله عنه أحمد في: المسند (٧٢/٥)، والدارقطني، في كتاب البيوع سنن الدارقطني (٢٦/٣).

(٢) انظر المغني (٤٠١/٧)، الشرح الكبير (٤٣٧/٥).

(٣) في المخطوط كتبت: «لتمامه»، ولعل الصواب ما قد أثبته في المتن.

مثله إلى حين دفع البدل[١]، وسيأتي.

المسألة الثالثة:

ثبوت استرداد القيمة للغاصب بدفع العين لأن القيمة مأخوذة للحيلولة، وقد زالت فيعود المأخوذ لأجلها كما في المأخوذة للسن الذاهبة إذا نبتت[٢].

قال أصحابنا: ويردها بعينها إن كانت باقية، لانتقاض الملك فيها بوجود العين وكذلك يرد زوائدها المتصلة من سمن ونحوه. وذكره المصنف[٣] لتبعيتها الأصل في الفسوخ، وهذا فسخ، قال: فلا يلزم رد زيادته المنفصلة لحدوثها على ملك المالك وانتفاء تبعيتها في الفسوخ فهو كزيادة المعيب المردود في البيع[٤]

وإن كانت تالفة فمثلها إن كانت مثلية، أو قيمتها إن كانت متقومة[٥] وبذلك كله قالت الشافعية[٦].

وهل للغاصب حبس العين لاسترداد القيمة؟

قال في التلخيص يحتمل وجهين. قال: وكذلك إذا اشترى شراءً فاسداً: هل يحبس المشتري المبيع على ردِّ الثمن؟ والصحيح: أنه

---

(١) المغني (٤٠١/٧)، الشرح الكبير (٤٣٧/٥)، المبدع (١٨٤/٥)، الإنصاف (٢٠٠/٦)، كشاف القناع (١٠٩/٤، ١١٠)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٣/٣).

(٢) انظر: المغني (٤٠٠/٧)، الكافي (٤٠٢/٢)، الشرح الكبير (٤٣٦/٥)، المبدع (١٨٤/٥)، الإنصاف (١٩٩/٦)، كشاف القناع (١١٠/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٣/٣)، شرح الزركشي (١٨٠/٤).

(٣) انظر: المقنع (٢٤٩/٢).

(٤) انظر: المغني (٤٠١/٧)، الشرح الكبير (٤٣٧/٥).

(٥) انظر: المغني (٤٠١/٧)، الشرح الكبير (٤٣٧/٥)، المبدع (١٨٤/٥)، الإنصاف (١٩٩/٦)، كشاف القناع (١١٠/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٣/٣).

(٦) انظر: روضة الطالبين (١٦٦/٤، ١١٧)، شرح روض الطالب (٣٤٨/٢).

لا يحبس بل يدفعان إلى عدل، ليسلم إلى كل واحدٍ ماله[١]. انتهى.

والحبس فيهما نص عليه الشافعي[٢].

فصل

قال أصحابنا: وتملك المالك القيمة للحيلولة كما يملكها عند التلف[٣]، وهو قول الشافعي[٤] قال ابن عقيل: إن عاد العبد انتقص ملك السيد عن القيمة التي أخذها. انتهى.

وجهه: أنها ملك له والقياس على حالة التلف بجامع الشركة في الحيلولة بين المالك وملكه.

وخالف القاضي يعقوب بن إبراهيم، في تعليقه: فمنع من ملكها. وقال: إنما جُعل الانتفاعُ بها عوضاً عما فوته الغاصب منافع العبد[٥]، وكذلك قال القاضي في التعليق الكبير[٦]. فيما أظن فراراً من الجمع بين البدل والمبدل، ولا يصح فإن الانتفاع بالقيم، إنما يحصل باستهلاكها والاستهلاك يتوقف على الملك لا محالة اللهم إلّا يكون عروضاً، فالانتفاع إما مطلقاً من الرهن والإيجار والبيع وغير ذلك فيعتمد الملك الأول، وإما مقيداً كما في الإجارة والإعارة فخلاف الإجماع فبطل المنع

(١) انظر: الفروع (٣٨١/٤، ٣٨٢)، الإنصاف (١٩٩/٦)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٣/٣، ٨٩٤). كشاف القناع (١١٠/٤).

(٢) انظر: فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٤)، روضة الطالبين (١١٦/٤).

(٣) انظر: المغني (٤٠٠/٧)، الكافي (٤٠٢/٢)، المبدع (١٨٤/٥)، كشاف القناع (١٠٩/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٣/٣).

(٤) انظر: المهذب (٣٦٨/١)، روضة الطالبين (١١٦/٤)، شرح روض الطالب (٣٨٤/٢)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٣٧).

(٥) انظر: الإنصاف (٢٠٠/٦).

(٦) انظر: الإنصاف (١٩٩/٦).

مع أنه يلزم منه إشكال الجمع، ولا يصح اعتباره بالمأخوذ في السن الذاهبة، فإنه لا جمع فيه بخلاف ما ها هنا فإن العين باقية، والله تعالى أعلم.

فصل

وإن كان مثلياً ففيه المثل كما في نظائره ويجب رده برد الأصل كما في المتقوم على ما تقدم[١].

فصل

لقيه بغير البلد المغصوب فله مطالبته بالقيمة للحيلولة كما قدمنا[٢]. ثم إن كان أثماناً فعليه دفع مثلها كيف كان لأنها قيم الأشياء فلا تأثير لاختلاف قيمتها، وإن كان عرضاً فإما مثلي وقيمته في البلدين واحدة، أو في بلد المغصوب أكثر، فكذلك عليه دفع المثل لإمكانه من غير ضرر[٣].

وإن كانت القيمة في بلده أقل لم يجب المثل ذكره في المغني[٤] لما فيه من الضرر من جهة أنه أزيد قيمة من الأصل أي محل الطلب فأشبه الأصل حيث لا يجب تسليمه في غير محله لكلفة النقل. قال في المغني[٥]: وللمغصوب منه الخيرة بين الصبر إلى أن يستوفيه في بلده، وبين المطالبة في الحال بقيمته في البلد الذي غصبه فيه، لتعذر ورد مثله.

---

(١) سبق ذكره ص(١٧٨).
(٢) سبق ذكرها ص(١٧٨).
(٣) انظر: المغني (٤٠٢/٧)، الكافي (٤٠٢/٢، ٤٠٣)، الشرح الكبير (٤٣٨/٥)، كشاف القناع (١٠٠/٤، ١١١).
(٤) انظر: المغني (٤٠٢/٧).
(٥) انظر: المغني (٤٠٢/٧).

وأما إن كان غير مثلي، فله المطالبة بالقيمة ولا بد كما ذكرنا[١] لكنها معتبرة ببلد الغصب لأنه محل الوجوب، وحيث أمكن رد المغصوب في هذه الحالات وجب واسترد البدل على ما مر[٢] هذا كله ما إذا كان باقياً وكذا ما لو كان تالفاً في جميع ما ذكرنا[٣] إلاّ في التخيير[٤].

قال في التلخيص: ثم إذا عاد إلى بلد الغصب، فله رد القيمة لأنه أخذها للحيلولة وطلب المثل، كما له طلب العين إذا كانت باقية انتهى. يعني ما إذا عدل إلى القيمة لكون ثمن المثل في محل الغصب أقل.

فرع

أتلف عليه ماء في مفازة ثم لقيه على شط نهرٍ أو في بلد أو ثلجاً في الصيف، ولقيه في الشتاء، فإن تراضيا على المثل فذاك، وإن لا فقيمة المثل في مثل تلك المفازة وفي الصيف، وبه قالت الشافعية[٥].

قال: (وإن غصب عصيراً فتخمر. فعليه (قيمته)[٦] فإن انقلب خلاً رده وما نقص من قيمته العصير)[٧].

وفيه مسألتان **إحداهما**: تخمر العصير موجب لضمانه بالمثل أما

---

(١) سبق ذكره ص(١٧٨).
(٢) سبق ذكره ص(١٧٩).
(٣) سبق ذكره ص(١٨١). وما بعدها.
(٤) انظر: المغني (٧/٤٠٢).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٤/١١٣)، شرح روض الطالب (٢/٣٤٧)، مغني المحتاج (٢/٢٨٢).
(٦) جاء في المقنع (٢/٢٥٠)، المبدع (٥/١٨٤)، الإنصاف (٦/٢٠٠) (فعليه قيمته) وجاء في المخطوط (فعليه مثله)، وهو وجه آخر للحنابلة. انظر: المبدع، الإنصاف الموضعين السابقين.
(٧) انظر: المقنع (٢/٢٥٠).

الضمان فلأن التخمير تلف شرعي. وأما كونه بالمثل، فلأنه مثلي[١] وفي كتاب أبي الخطاب والمستوعب ضمن بقيمته[٢]، وليس بالجيد[٣].

الثانية: انقلب هذا الخمر خلاً فالخل للمالك مع أرش نقص العصير، وعليه ردّ البدل إن كان أخذه[٤] وهو قول الشافعية[٥] في أصح الوجهين، وفي الآخر ليس عليه رد البدل كما لا يرد إرش السمن الذاهب مع العود، وكما في السن العادية في أحد الوجهين ولهم وجه آخر: تملك الغاصب للخل وهو الأقوى؛ لأن المالية فاتت بالخمرية فعلاقة المالك به منتفية، وأيضاً فإنه مستحق الإراقة ولا علاقة مع الإراقة، فتعين الملك للغاصب.

وقالت الحنفية[٦] يخير المالك بين أخذ الخل من غير إرش، وأخذ البدل لأنه ربوي فلا جمع له بين عين وإرش، وقد مر الكلام في مثل هذا الأصل.

ووجه الأول: أما كونه المالك؛ فلأنه عين العصير فوجب كونه على ملكه وفيه بحث. وأما الأرش، فلفوات جزء المال. وأما رد البدل، فلأن المبدل عاد إليه فامتنع الجمع. وأما السمن العائد، فمغاير للأول بالحقيقة، فلم يكن الأرش للأول بدلاً عن الثاني وها هنا الخل عين العصير فالقدر المأخوذ عن العصير بدل عن الخل فافترقا وأما السن العائد فما قالوه فيها غير مسلم.

---

(١) انظر: المغني (٤٠١/٧، ٤٠٢)، الشرح الكبير (٤٣٧/٥).
(٢) انظر: الهداية لأبي الخطاب (١٩٥/١).
(٣) انظر: الفروع (٣٨٢/٤)، الإنصاف (٢٠٠/٦).
(٤) انظر: المغني (٤٠١/٧)، الإنصاف (٢٠٠/٦).
(٥) انظر: روضة الطالبين (١٣٤/٤)، شرح روض الطالب (٣٥٥/٢)، مغني المحتاج (٢٩٠/٢، ٢٩١).
(٦) انظر: بدائع الصنائع (١٦٣/٧)، تحفة الفقهاء (٩٥/٣)، الجامع الصغير (٤٦٨).

قال: (فصل: وإن كانت للمغصوب أجرة: فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده وعنه: التوقف عن ذلك قال، أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه، وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه، وإن غصب شيئاً وعجز عن رده، فأدى قيمته فعليه أجرته[1] إلى وقت أداء القيمة وفيما بعده وجهان[2][3].

فيه مسائل[4] إحداها: منافع المغصوب مضمونة بالفوات والتفويت، والمعنى بالتفويت استيفاؤه بالاستعمال، وبالفوات تعطيلها بالإهمال[5].

قال أبو طالب: قال أبو عبد الله إذا اكترى الدابة، فتعدى المكان الذي اكترى إليه ضمنه الكراء[6]، والدابة إن عطبت[7]، وإن سلمت فعليه الكراء. وقيل له عن مالكاً[8]: لا يضمن الكراء والعطب جميعاً لا يجعل له كراء مع الضمان.

---

(١) ساقطة من المخطوط وأثبتها من المقنع (٢/ ٢٥٠)، المبدع (٥/ ١٨٥، ١٨٦).
(٢) الوجهان هما: أ ـ أصحهما لا يلزمه لأنه استحق الانتفاع ببدله الذي أقيم مقامه فلا يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه. ب ـ يلزمه لأن العين باقية على ملك المغصوب منه والمنفعة. انظر: المبدع (٥/ ١٨٦)، الإنصاف (٦/ ٢٠٣).
(٣) انظر: المقنع (٢/ ٢٥٠).
(٤) فيما ذكره الشارح أربع مسائل سيأتي ذكرها.
(٥) انظر: الإنصاف (٦/ ٢٠٢)، كشاف القناع (٤/ ١١٢)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٨٩٣)، حاشية الروض المربع (٥/ ٤٠٨).
(٦) الكراء: بكسر الكاف ممدوداً، قال الجوهري: والكراء ممدوداً لأنه مصدر كاريت، والدليل على ذلك أنك تقول: رجل مكار، ومفاعل، إنما يكون من فاعلت. آخر كلامه، يقال: أكريت الدار والدابة ونحوهما فهي مكراة، وأكريت، واستكريت، وتكاريت بمعنى، والكراء يطلق على المكري والمكري. انظر: المطلع (٢٦٤)، الصحاح (٦/ ٢٤٧٣).
(٧) العطب: الهلاك. وقد عطب بالكسر. وأعطبه. أهلكه. والعاطب: المهالك، وأحدها معطب. انظر: الصحاح (١/ ١٨٤).
(٨) انظر: الإشراف لابن المنذر (٣/ ٣٢٤ ـ ٣٢٥).

قال أبو عبد الله: فما يقول في الصداق والعقر؟ قال: يؤخذ بهما جميعاً، قال: فكيف أوجبهما جميعاً ولم يوجبهما في الدابة؟ ثم قال أبو عبد الله: إن أهزلها أو أصابها عيب فعليه قيمة ما نقص من ثمنها يوم خالفه كأنه اكترى، إلى الكوفة فذهب إلى مكة فعليه مثل كراء من الكوفة إلى مكة، قيل له يؤدي الكراء والثمن قال: لأنه غاصب قد اعتدى(١).

ومثله ما روى أحمد بن سعيد اللحياني(٢) قال: سألت أحمد عن الرجل يستأجر الدابة إلى قصر ابن هبيرة(٣) فيجاوز بها إلى الكوفة ما عليه؟ فقال: الأجرة على القصر وعليه أجر ما حار بها إلى الكوفة، ثم قال: ساعة حار بها ضمن الأجرة.

وقال من رواية إسحاق بن منصور: إذا غصب أرضاً فزرعها، فإن أصاب الزرع شيء فعلى الغاصب كراء الأرض لرب الأرض بقدر ما استعمل الأرض(٤). وروينا عن الأثرم في كتابه(٥) قال: قيل لأبي عبد الله رجل زرع أرضاً لقوم فلم يعلم يعني أنها لهم ثم علم كيف يصنع؟ فقال: أرى أن يعطيهم مثل أجرها إذا حصد الزرع، فإنما لهم

(١) انظر: القواعد الفقهية ص(٣٨) قاعدة رقم (٢٨)، إلا أنه لم ينسب لهما وجاء فيه بأنه لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها فتلفت يضمنها.

(٢) هو: أحمد بن سعيد الليحاني (أبو العباس) وهو ممن نقل عن الإمام أحمد واللحياني نسبة إلى لحيان قبيلة مشهورة بالحجاز. انظر: طبقات الحنابلة (٤٥/١)، المقصد الأرشد (١٠٧/١).

(٣) ابن هبيرة هو: مكي بن محمد بن هبيرة البغدادي الأديب أبو جعفر، كان فاضلاً عارفاً بالأداب وهو أخو الوزير أبي المظفر توفي سنة (٥٦٧هـ). انظر: المقصد الأرشد (٤١/٣).

(٤) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج (٢٦٥) مسألة (١١٠)، الفروع (٣٨٢/٤، ٣٨٣)، المبدع (١٨٥/٥)، الإنصاف (٢٠٢/٦).

(٥) كتاب الأثرم يسمى (بالسنن في فقه أحمد) وهو من كتب المتون التى لم يلحقها شرح أو غيره. انظر: المدخل المفصل (١، ٢/ ٤٠٦، ٨٠٧).

الأجرة فأما إذا كان قائماً، فإنما يأخذون الزرع ويعطونه النفقة[١].

وقال أيضاً مثله من رواية إبراهيم بن الحارث[٢]: إذا حصد الزرع، فإنما لهم الأجرة هذا ما حضرنا من نص أحمد في المسألة. وكله فيما إذا انتفع أما إذا عطل فليس فيه فيما علمت إلّا ما أورد الخرقي في مختصره[٣] قال: وإذا كان للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجرة مثله مدة مقامه في يده.

وما أورد بن أبي موسى في إرشاده[٤] قال: إلا أن يكون لمثله أجرة، فيلزمه أجرة مثله لمدة كونه في يده انتفع به أو لم ينتفع به انتهى. ففي إيرادهما تأنيس لنصه عليه لا سيما كتاب المختصر، فإنه منسوب إلى كونه مأخوذاً من نصوص أحمد، وكذلك اعتمد القاضي في حكاية المذهب في المسألة فقال: نقله الأثرم والخرقي وتبعه عليه بعد، ولكن نقل الأثرم إنما تناول حالة الانتفاع فقط كما أوردنا[٥] فالإطلاق عنه ليس بالجيد.

وكذا قول من قال: فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب، نص عليه أحمد في رواية الأثرم[٦]. وبما ذكرنا قال الشافعي[٧] ومالك[٨] في رواية واختاره

---

(١) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٤١١).

(٢) هو: إبراهيم بن الحارث بن مصعب بن الوليد بن عبادة بن الصامت، من كبار أصحاب الإمام أحمد، وكان أحمد يرفع قدره ويعظمه. انظر: طبقات الحنابلة (١/٩٤)، المقصد الأرشد (١/٢٢١).

(٣) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/١٨٢).

(٤) انظر: الإرشاد ص(٢٥٧).

(٥) سبق ذكره ص(١٨٧).

(٦) انظر: المغني (٧/٤١٧)، الشرح الكبير (٥/٤٣٨)، المبدع (٥/١٨٥).

(٧) انظر: روضة الطالبين (٤/١٠٣)، رؤوس المسائل ص(٣٥١، ٣٥٢).

(٨) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٣٠).

زكريا بن يحيى الوقار[١] من أصحابه. وفي الكافي[٢] وكتاب أبي الخطاب وتعليق الشريف أبي جعفر والمستوعب وغيرهما رواية ثانية بعدم الضمان على الإطلاق.

روى محمد بن الحكم: أنه سأل أبا عبد الله عند الرجل يغصب الرجل داره فيسكنها سنة أو أقل أو أكثر ثم يرجع أو يستحقها صاحبها عليه أجرة ما سكن؟ قال: إن فيها شيئاً إن استحله كان خيراً له، قلت: فترى عليه أجرة مثله؟ فقال: بعد كلام ولا اجترىء إن جعل عليه سكنى ما سكن لكن هذا إنما يفيد التوقف كما نقل في الكتاب. وفي كتابه الكبير (لا. . .)[٣] بعدم الضمان[٤].

ثم قال الخلال: هو قول قديم لأبي عبد الله؛ لأن أبا بكر الأحول[٥] هذا محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة[٦]، ومذهب أبي عبد الله بعد هذا الوقف يجب أن يكون عليه الكراء لأن الأثرم وإبراهيم بن الحارث يعني رويا عنه أنه أباح له الكراء إذا حصد الزرع ورفع الغلة. انتهى.

هذا ما أورد في المتن[٧] عن أبي بكر من أنه قديم مرجوع عنه. وأبو بكر المبهم في الكتاب. هو الخلال إلا أن هذا الإطلاق إنما يفهم

(١) زكريا بن يحيى الوقار بالرجوع إلى كتب التراجم لم أعثر له على ترجمة.
(٢) انظر: الكافي (٢/٤٠٥).
(٣) في هذا الموضع كلمة لم أتمكن من معرفتها رسمها هكذا (لاالس).
(٤) انظر: المغني (٤١٧/٧)، الشرح الكبير (٤٣٨/٥، ٤٣٩)، المبدع (١٨٦/٥).
(٥) أبو بكر الأحول هو: محمد بن الحكم أبو بكر الأحول من خاصة أصحاب الإمام أحمد، أثنى عليه الخلال ثناء عطراً، وقد توفي سنة (٢٢٣هـ). انظر: طبقات الحنابلة (٢٩٥/١، ٢٩٦).
(٦) انظر: المسائل الفقهية (٤١١/١)، المغني (٤١٧/٧)، الشرح الكبير (٤٣٩/٥)، المبدع (١٨٦/٥)، الإنصاف (٢٠١/٦)، شرح الزركشي (١٨٢/٤، ١٨٣).
(٧) انظر المقنع (٢٥٠/٢).

منه في عرف الأصحاب عبد العزيز بن جعفر[١] لا الخلال. وإن كان يحتمل أن يكون ذلك من كلام أبي بكر عبد العزيز كما قال. فإنه أدخل في جامع الخلال شيئاً من كلامه. فربما اشتبه بكلام أبي بكر الخلال، إلا أن القاضي وابن عقيل وغيرهما من أهل المذهب: إنما حكوه عن الخلال[٢].

ثم الاستدلال على الرجوع بتقدم وفاة محمد بن الحكم: لا يصح، فإن من تأخرت وفاته من الجائز أن يكون منهم من سمع قبل سماع محمد بن الحكم. لاسيما أبو طالب. فإنه قديم الصحبة لأحمد[٣].

وأحسن منه التأنس بما روينا عن أبي الوليد حسان بن محمد[٤] قال: سمعت مشايخنا يذكرون أن إسحاق بن منصور بلغه أن أحمد بن حنبل رجع عن بعض تلك المسائل التي علقها عنه، قال: فجمع إسحاق تلك المسائل في جراب وحملها على ظهره وخرج إلى بغداد، وعرض خطوط أحمد عليه في كل مسألة. فأقر له به ثانياً. انتهى.

فالظاهر أن ذلك كان بعد موت الحكم، وقبل وفاة أحمد رحمه الله بيسير، وإسحاق ممن روى الضمان، فيكون متأخراً عن رواية ابن الحكم، والله أعلم[٥].

وبعدم ضمان قال أبو حنيفة[٦] وأصحابه واستدل له بالحديث

---

(١) هو عبد العزيز بن جعفر بن أحمد بن يزداد المعروف بـ غلام الخلال، كنيته أبو بكر مشهوراً بالديانة موصوفاً بالأمانة مذكور بالعبادة. انظر: المقصد الأرشد (٢/١٢٦).

(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٢).

(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٠١).

(٤) هو: حسان بن محمد بن أحمد بن هارون، أبو الوليد الفقيه النيسابوري شيخ خرسان. انظر: السير (١٥/ ٤٩٢).

(٥) الإنصاف (٦/٢٠٢).

(٦) انظر: المبسوط (١١/ ٧٧).

المشهور الخراج بالضمان[١] ومعلوم كون المغصوب مضموناً فوجب كون منفعته غير مضمونة. وبأن عمر وعلياً لما قضيا في ولد المغرور بالقيمة[٢]، وبردِّ الأمة مع عقرها لم يقضيان بقيمة الخدمة مع كون المدعى طالباً لجميع الحق؛ ولأن المنافع ليست أموالاً متقومة، فلا تكون مضمونة كالخمر والميتة.

إنما قلنا ليست أموالاً لأن مالية الشيء إنما تثبت بالتمول. والتمول صون الشيء وإعداده للحاجة إليه وذلك منتف في المنافع حيث هي أعراض متلاشية، ولهذا لم يتقوم في حق الورثة من جهة أن المريض لو أعار بيده أو أعار شيئاً، فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنافع خروج تلك المنافع من الثلث وبتقدير كون المنافع أموالاً فهي دون الأعيان في المالية وضمان العدوان يعتمد المماثلة ولا مماثلة بين المنفعة والعين إذ المنافع أعراض والأعيان جواهر، فلا تكون مضمونة بالعين[٣].

وتوجيه المذهب: أن المنفعة مال متقوم فكانت مضمونة كالعين وبيان ما قلنا أن المال اسم لما خلق لمصلحتنا قابلاً للمعاوضة والمنافع بهذه المثابة، فكانت أموالاً ولأنها تضمن بالتفويت في العقد الفاسد، فوجب أن تضمن في الغصب كالأعيان وأيضاً فقابله لجعلها صداقاً وللإيصاء بها والهبة، فكانت مضمونة كالأعيان[٤].

---

(١) أخرجه من حديث عائشة ﵂ الترمذي في باب ما جاء في من يشتري العبد فيستغله ثم يجد بع عيباً، من كتاب البيوع. عارضة الأحوذي (٢٨٦/٥)، وأخرجه أبو دواد في باب: من اشترى عبداً فأستعمله ثم وجد به عيباً، من كتاب البيوع. سنن أبي دواد (٢٥٤/٢ ـ ٢٥٥)، والنسائي، في باب الخراج بالضمان، من كتاب البيوع. المجتبى (٢٢٣/٧)، وابن ماجه، في: باب الخراج بالضمان، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه (٧٥٤/٢)، والإمام أحمد في المسند (٤٩/٦، ٢٠٨، ٢٣٧).

(٢) ما جاء عن عمر ﵁ أورده ابن حزم في المحلى (١٣٨/٨).

(٣) انظر: المبسوط (٧٩/١١، ٨٠).

(٤) انظر: المغني (٤١٨/٧)، الشرح الكبير (٤٣٩/٥)، كشاف القناع (١١١/٤)، شرح =

وأما الخبر فوارد في الانتفاع المباح «**وهو أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ثم وجد به عيباً فرده، فقال الرجل: يا رسول الله! استغل غلامي؟ فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالضمان**»[١].

فلا يقاس عليه محل النزاع لأنه ليس في معناه بدليل أنه لا ينتفع إجماعاً ولأن مدلول الخبر ثبوت الملك للخراج، وقد دلَّ الدليل على انتفاء ملك الغاصب، فإنه لا يملك الإيجار بالإجماع، فلا يكون مراداً في الخبر.

وأما أن عمر وعلياً رضي الله عنهما لم يقضيا بقيمة الخدمة، فلأن المالك لم يدعها. وما قيل من أنه طالب لجميع حقه إن أريد مما وقعت الدعوى فيه فمسلم، وإن أريد الإطلاق فالنقل لم يرد به.

وأما أن اعتبار التمول في المال على ما ذكره[٢]، فلأن سلم فنهى العين للانتفاع ناب مناب المنفعة في المعنى الذي ذكروه، ولذلك صح العقد عليها والمسألة مستعصاة في الخلاف.

وللمالكية فيها قول متوسط: وهو ثبوت الضمان في التفويت، وانتفاؤه في الفوات وهو ما أورد البراذعي[٣] في تهذيبه. وابن المنذر[٤] في إشرافه[٥] عن مالك من غير خلاف عنه وهو الأقوى، فإن المنافع ما لم تكن مستوفاة تكون معدومة، فلا تكون بدون الاستيفاء مغصوبة؛ ولأنها لو كانت مضمونة بالفوات للزم ضمان جميعها عند تعددها فيما إذا كان العبد ذا صنائع، وهو خلاف الإجماع.

= منتهى الإرادات (٨٩٤/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠٨/٥).

(١) قد سبق تخريجه.

(٢) سبق ذكره.

(٣) البراذعي هو: خلف بن أبي القاسم، أبو سعيد الأزدي القيرواني البراذعي. انظر: السير (١٧/ ٥٢٣).

(٤) إبن المنذر هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر المكي بأبي بكر النيسابوري ولد بنيسابور. انظر: السير (٢٦٨/٩).

(٥) انظر: الإشراف لابن المنذر (٣٢٤/٣، ٣٢٥).

والتفريع على الأول، وإذاً فالمعتبر في الضمان ما استبيح منافعه بعقد الإجارة كالعقار والدواب والنبات ونحوهما كما سيذكر في باب الإجارة إن شاء الله تعالى. أما ما لا يستباح به كالشجر والغنم والطيور حتى المسموح[١] منها، فلا يجب فيها شيء لانتفاء النفع المتقوم[٢] ولذلك قال في المتن[٣]. وإن كانت للمغصوب أجرة.

قال ابن عقيل، وأطلق شيخنا وأصحابنا الطيور إطلاقاً. وعندي أن الجوارح الصيادة تكون منافعها مضمونة؛ لأن إجارتها للاصطياد جائزة. انتهى. وهو كما قال، وفي معنى الشجر كلب الصيد إذا منفعته لا تستباح بالعقد وقد تقدم.

وكذلك منفعة البضع لا تضمن بالفوات، وعلل بأنها لا تدخل تحت اليد بدليل صحة عقد النكاح على بضع الأمة المغصوبة دون البيع والهبة لحيلولة يد الغاصب[٤].

وأيضاً فلو ادعى رجلان نكاح امرأة هي عند أحدهما، فاعترفت للآخر حكم بزوجيته دون من هي عنده فدل على أن اليد لها دونه. وأيضاً فمنفعة البضع لا تتقدر بزمن فيتلفها مضي الزمن بخلاف ما عداها من المنافع[٥]، وفيه بحث وبالجملة كلها.

قال الشافعي[٦].

---

(١) كتب في المخطوط: «المسموع»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.
(٢) انظر: المغني (٤١٨/٧)، الكافي (٤٠٥/٢)، الشرح الكبير (٤٣٩/٥)، كشاف القناع (١١١/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٤/٣).
(٣) انظر: المقنع (٢٥٠/٢).
(٤) انظر: المغني (٤١٨/٧)، الشرح الكبير (٤٣٩/٥).
(٥) انظر: المغني (٤١٨/٧)، الشرح الكبير (٤٣٩/٥).
(٦) انظر: شرح روض الطالب (٣٤٣/٢)، مغني المحتاج (٢٨٦/٢).

فصل

ولو تعددت المنافع بأن كان عبداً ذا صنائع لزمه أجرة أعلاها فقط(١)، وهو مذهب الشافعي(٢) لإنزال الفوات منزلة التفويت. والتفويت لا يمكن في الكل؛ إذ الصانع لا يحصل دفعة واحدة فالمفوت منها إذاً واحدا والواحد يمكن أن يكون أعلاها، فوجب ضمانه بخصوصه، لكن قد يقال من الصنائع ما يمكن تعاطيه من غيره كتعلم الشعر مثلاً فإنه ممكن مع الخياطة ونحوها فيجب ضمانه مع الممكن معه، والله أعلم.

فصل

ومنافع المقبوض في العقد الفاسد كمنافع المغصوب يضمن بالفوات والتفويت بجامع الشركة في جريان المنافع في ملك المالك من غير تعلق لحق الغير بها(٣).

المسألة الثانية:

القدر الواجب بالضمان أجر المثل مدة مقام العين في يده أما التقدير بالمثل؛ لأنه لا مسمى يرجع إليه. أما الاعتبار بمدة المقام فلأنه الضابط للقدر التالف، فلا يجب ما زاد(٤).

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٢)، كشاف القناع (٤/١١٢)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٤، ٨٩٥)، حاشية الروض المربع (٥/٤٠٨).

(٢) انظر: شرح روض الطالب (٢/٣٤٣)، مغني المحتاج (٢/٢٨٦).

(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٢)، كشاف القناع (٤/١١٢)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٤، ٨٩٥)، حاشية الروض المربع (٥/٤٠٨).

(٤) انظر: المغني (٧/٤١٧)، الشرح الكبير (٥/٤٣٨)، المبدع (٥/١٨٥)، الإنصاف (٦/٢٠١)، كشاف القناع (٤/١١١).

المسألة الثالثة:

انتفاء وجوب الأجر بعد تلف العين لانتفاء المنفعة المتقومة وهذا من فروع ما تقدم(١) من الوجوب لمدة المقام في اليد، ولو تعطلت المنفعة بدون تلف الذات كشلل اليد فكذلك من بعد التعطيل لما ذكرنا.

المسألة الرابعة:

عجز عن ردِّ المغصوب وأديت القيمة للحيلولة كما مر(٢) فالأجرة واجبة إلى حين الأداء(٣)، وهو قول الشافعي لجريان المنافع في ملك المالك تبعاً للأصل ولتلفها منشأ عن الغصب.

وأما بعد الأداء إلى ردِّ العين فهل يجب فيه وجهان أوردهما القاضي ومن تبعه(٤) والمصنف(٥)، وكذلك أصحاب الشافعي(٦).

قال المصنف والسامري: أصحهما لا؛ لأن تسليم البدل ناب مناب تسليم المبدل، فكأنه عاد لا عوض لمنافعه(٧).

والثاني: نعم(٨) وهو الأصح للشافعية(٩) لأن الدار باقية للمالك فالمنافع تابعة لها ولو غيب بالغاصب العين فعسر الرد وأدى القيمة فكذلك فيه الوجهان للشركة في العجز والحيلولة وهو اختيار بعض

---

(١) سبق ذكرها.
(٢) سبق ذكرها.
(٣) انظر: المبدع (١٨٦/٥)، الإنصاف (٢٠٣/٦)، كشاف القناع (١١١/٤، ١١٢)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٤/٣).
(٤) روضة الطالبين (١٠٦/٤).
(٥) انظر: الإنصاف (٢٠٣/٦).
(٦) انظر: المقنع (٢٥٠/٢).
(٧) انظر: روضة الطالبين (١٠٦/٤).
(٨) انظر: المغني (٤٠١/٧)، الإنصاف (٢٠٣/٦)، كشاف القناع (٤، ١١٢).
(٩) انظر: روضة الطالبين (١٠٦/٤).

الشافعية[١]، ومنهم من جزم بوجوب الأجرة وأبدى فرقاً بينه وبين حالة الإباق والشرود ونحوهما بأن (العيون)[٢] ها هنا حصلت عن اختياره فهو كبقائها في يده وفيه نظر، والله تعالى أعلم.

قال: (وتصرفات الغاصب الحكمية. كالحج وسائر العبادات، والعقود. كالبيع، والنكاح، ونحوها. باطلة في إحدى الروايتين، والأخرى صحيحة. فإن اتجر بالدراهم فالربح لمالكها، وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك. وعنه الربح للمشتري)[٣].

يعني بالتصرف الحكمي ما كان قابلاً للصحة والفساد وقد أورده[٤] منقسماً إلى عبادات وعقود، والخلاف في الكل عن أحمد محكي؛ غير أن منه ما هو عن تخريج لا نص كما نوضحه إن شاء الله تعالى[٥]. وأما تحريمها، فلا خلاف فيه عن أحد من الأئمة.

القسم الأول: العبادات[٦] وفيه مسائل.

أحدُها: توضأ بماء مغصوب، فحكى الأصحاب فيه ما أورد من الخلاف أخذاً من الخلاف المنصوص عنه في الصلاة بالبقعة المغصوبة والثوب[٧] المغصوب وتوجيه الصحة، وهو قول أبي حنيفة والشافعي: أن

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٠٦/٤).
(٢) كتبت في المخطوط: «العسون»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.
(٣) انظر: المقنع (٢٥٠/٢، ٢٥١).
(٤) انظر: المقنع (٢٥٠/٢، ٢٥١).
(٥) سيأتي ذكره إن شاء الله.
(٦) انظر: المغني (٣٩٩/٧)، الشرح الكبير (٤٤٠/٥)، المبدع (١٨٦/٥)، والإنصاف (٢٠٣/٦)، القواعد الفقهية ص(١٢) قاعدة رقم (٩)، كشاف القناع (١١٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٥/٣)، حاشية الروض المربع (٤٠٩/٥).
(٧) انظر: القواعد الفقهية ص(١٢) قاعدة رقم (٩)، والإنصاف (٢٠٥/٦)، كشاف القناع (١١٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٥/٣).

الوضوء عبارة عن استعمال الطهور في محل التطهير، وهو حاصل فيما ذكرنا فوجب ترتب الصحة عليه كما في مثله؛ ولأن المنع ثبت لمعنى لا يخص الوضوء، فلا يقدح في الصحة كما لو توضأ في الثوب المغصوب.

ووجه البطلان: أنه ما منع من استعماله فلا يقع به الإجزاء كالماء النجس ولأن الوضوء عبادة وقربة فكيف يتأتى بما هو معصية[١]، وأما ترتب الصحة عند وجود الحقيقة فنعم، لكن يفيد استجماع الشروط، ألا ترى أنها لا تثبت بدون الإسلام والنية مع وجود ما أشار إليه من الحقيقة، أو نقول وصف الحلة من تمام الماهية، فيكون عبارة عن استعمال الطهور المباح في المحل، فلا توجد الماهية بدونه.

وأما أن المنع متعلق بما هو خارج عن الحقيقة، فغير مسلم فإنه تعلق بالآلة نفسها فكان متعلقاً بالوضوء نفسه، كتعلق نجاسة الماء به من غير فرق؛ ولأن الأمر باستعمال المطهر إنما بتناول المباح لا الممنوع منه قطعاً، فلا يكون به في الاستعمال متمثلاً. ومن ها هنا يقع الفرق بينه وبين الوضوء في الثوب المغصوب، من جهة أن المنع من الوضوء في الثوب لم يكن لمعنى يخص الوضوء، بخلاف ما ها هنا، وهذا هو الصحيح.

واختيار ابن أبي موسى[٢] وكذا الخلاف مطَّرد فيما لو توضأ من بئر في مكان مغصوب أو محفورة بمال مغصوب، حكاه غير واحد من الأصحاب، لملابسة المغصوب، غير أن الصحة ها هنا أظهر لانفكاك المنع عن ذات العبادة، فإن الماء مملوك لأخذه، والمنع إنما تعلق ببناء البئر أو محلها فهو كالصب في الإناء من إناء مغصوب.

---

(١) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١٥٨).

(٢) انظر: الإرشاد ص(٢٣).

وفي جامع الخلال من رواية المروزي: أنه ذكر لأبي عبد الله الوضوء من بئر من يكره؟ قال: لا. قلت فإن حضرت الصلاة، ولم أجد إلا منها أتيمم؟ قال: لا أدري. انتهى.

وإن توضأ من إناء مغصوب أو في مكان مغصوب فوجهان أخذاً من التي قبلها، ومن ما لو توضأ من إناء ذهب أو فضة لما ذكرنا والصحة أصح ولو جعله مصباً لماء الطهارة، فوجهان أيضاً[1] حكاهما أبو عبد الله بن تميم[2].

فصل

وهل تطهر النجاسة بالماء المغصوب حكى ابن تميم في كتابه وجهين اعتباراً بما قدمنا من ارتفاع الحدث به والطهارة أصح؛ لأنها من قبيل إزالة الأعيان فأنيط الحكم بالإزالة، ولهذا لا يتوقف على النية.

فرع: في الجامع عن المروذي قال قلت لأبي عبد الله يحضر يوم الجمعة يوم بارد يرى أن يسخن الماء من الموضع الذي أكره، قال: ترك الغسل أعجب إليّ.

المسألة الثانية:

صلى في بقعةٍ مغصوبةٍ أو ثوب مغصوب ففي الصحة روايتان منصوصتان في كتاب الصلاة والمسألة مستعصاة[3].

---

(١) انظر: الإنصاف (٨٠/١، ٨١).

(٢) هو: محمد بن تميم الحراني، الفقيه أبو عبد الله تفقه على الشيخ مجد الدين بن تيمية. انظر: المقصد الأرشد (٣٨٦/٢).

(٣) انظر: القواعد الفقهية ص(١٢) قاعدة رقم (٩)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١٥٨/١)، الإنصاف (٤٥٧/١، ٢٠٥/٦)، كشاف القناع (١١٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٥/٣).

ثم المسألة الثالثة:

حج بمال مغصوب، طرد أصحابنا الخلاف فيه، والمنصوص البطلان[1]، قال ابن أبي موسى: هو الصحيح من المذهب[2] والصحة أخذها القاضي من نصِّه عليها في الصلاة بالبقعة المغصوبة. وأولى قال بن أبي موسى وقيل عنه يجزئه مع الكراهية[3]، وهذه العبارة تفيد ما هو أكثر من التخريج من نص أو أيما.

أما نص البطلان:

ففي مسائل عبد الله: سألت أبي عن رجل سرق ثلاثمائة درهم، فحج بها.

قال: لا يجزئه[4]. قلت: فإن أداها؟ قال: لا يجزئه.

ثم قال: سألت أبي عن رجل سرق ثلاثمائة درهم فتزوج بها، قال: ليس هذا مثل الحج، الحج لا يكون إلا باستطاعة بزاد وراحلة، وهذا لا يكون إلا بمالٍ وقال: أرجح أن يكون هذا أسهل من الحج[5].

وفي كتاب الخلال عن أبي طالب أن أبا عبد الله قال: من سرق أو أخذ مال رجل ظلماً ثم حج منه فعليه الحج لا يقبل الله إلّا الطيب، قال: قلت: يقولون: قد قضى حجه والإثم عليه، قال: عليه الحج حتى يكون طيباً، فإن الله لا يقبل إلّا الطيب.

وقال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن من غصب مالاً وحج

---

(١) انظر: القواعد الفقهية لابن رجب ص(١٢) قاعدة رقم (٩)، والإنصاف (٦/٢٠٥).

(٢) انظر: الأرشاد ص(١٦٨)، الإنصاف (٦/٢٠٥).

(٣) انظر: الأرشاد ص(١٦٨)، الإنصاف (٦/٢٠٦).

(٤) انظر: مسائل الإمام برواية ابنه عبد الله (٢/٧٧٩) رقم المسألة (١٠٤٦).

(٥) انظر: مسائل الإمام برواية ابنه عبد الله (٢/٧٧٩، ٧٨٠) رقم المسألة (١٠٤٧).

به؟ قال: أعجب إليّ أن يعيد الحج؛ لأنه يجب عليه أن يحج بماله لا بمال غيره[١]. انتهى.

وجه ذلك: ما روى الفضيل بن مرزوق[٢] قال حدثني عدي بن ثابت[٣] عن أبي حازم[٤]. عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**أيها الناس! إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً، وأن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين، قال:** ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرُّسُلُ كُلُوا۟ مِنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَٱعْمَلُوا۟ صَٰلِحًا ۖ إِنِّى بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٥١﴾﴾، وقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُلُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ﴾»، ثم ذكر: «**الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يديه إلى السماء: يا رب! يا رب! ومطعمه حرام ومشربه حرام وملبسه حرام وغذي بالحرام، فأنَّى يستجاب لذلك؟**» أخرجه مسلم[٥].

وانتفاء قبول الدعاء دليل انتفاء قبول العبادة لقيام الموجب، وقد روينا عن الدجين بن ثابت[٦] عن أسلم[٧] مولى عمر بن الخطاب قال:

---

(١) انظر: القواعد الفقهية ص(١٢)، والإنصاف (٦/٢٠٥). أنهما لم ينسباه له.

(٢) هو: الفضيل بن مرزوق الأغر الدقشاني، ويقال: الرواسي الكوفي أبو عبد الرحمٰن.
انظر: التهذيب (٨/٢٦٨).

(٣) هو: الإمام الحافظ الواعظ الانصاري الكوفي، عدي بن ثابت، قال أحمد بن حنبل والعجلي: ثقة وتبعهم النسائي، وقال أبو حاتم صدوق.
انظر: التهذيب (٧/١٤٩)، السير (٥/١٦٥، ١٦٦).

(٤) أبو حازم هو: سلمان أبو حازم الأشجعي، مولى عزة، كوفي، وهو ثقة، صاحب أبي هريرة.
انظر: التهذيب (٤/١٢٣)، الجرح والتعديل (٤/٢٩٧، ٢٩٨).

(٥) أخرجه مسلم في: باب كل نوع من المعروف صدقة من كتاب الزكاة صحيح مسلم بشرح النووي (٧/٩٩/١٠٠).

(٦) هو: أبو الغصن صاحب النوادر دجين بن ثابت اليربوعي، البصري رأى دجين أنساً، وروى عن أسلم، هشام بن عروة شيئاً يسيراً. وعنه ابن المبارك وأبو عمر الحوضي. قال النسائي: ليس بالثقة. وقال ابن عدي: ما يرويه ليس بمحفوظ. انظر: السير (٨/١٧٢)، الجرح والتعديل (٣/٤٤٤، ٤٤٥).

(٧) هو: أسلم أبو زيد ويقال (أبو خالد) القرشي العدوي مولى عمر بن الخطاب توفي =

قال رسول الله ﷺ: «**من حج بمال حرام فقال: لبيك اللهم لبيك، قال الله: لا لبيك ولا سعديك حجك مردود عليك**»[١] وهذا نص غير أن الدجين تكلموا فيه[٢]. ولأن الحج متوقف على المال؛ إذ لا يتوصل إليه بدونه[٣].

ومعلوم كون الحج قربة وطاعة، فلا يحصل بما هو معصية وهذا ما أشار إليه أحمد رحمه الله في رواية عبد الله[٤] ووجه الصحة، وهو اختيار ابن عقيل[٥] وقول الأئمة الثلاثة. أن الحج تم بأركانه وشروطه غير مقترن بالمعصية فوقع مجزياً كما لو كانت النفقة حلالاً، وخبر أبي هريرة[٦] لا يدل لما قالوا فإن انتفاء قبول النفقة لا يستلزم انتفاء قبول الحج.

فإن النفقة وإن كانت سبباً للعبادة فهي برأسها من جهة وقوعها في سبيل الله ولهذا قال من قال بجواز صرف الزكاة فيها قد افترقا في اقتران العصيان المقتضي لانتفاء القبول حيث حصل إلى الإنفاق دون الحج، فافترقا في الحكم. وكذلك لا يلزم من عدم إجابة الدعاء عدم الصحة، فإن عبادة الحج لا تتوقف على الدعاء حتى يكون انتفاء قبوله موجباً لانتفاء قبولها بل لو قدر التوقف لم يكن ذلك لازماً، فإن قبول الدعاء تارة يعتبر بحصول المطلوب على وقف السؤال وهو المعبر عنه بالإجابة، وتارة يعتبر بترتب الثواب وحصول الإجزاء من غير نظر إلى وقوع المسؤول، وهو المقصود في هذا المقام، والخبر إنما تناول الأول دون

= سنة (٨٠هـ). انظر: السير (٤/٩٨)، التهذيب (١/٢٣٣).

(١) ذكره علاء الدين علي الهندي في كنز العمال وعزاه إلى الشيرازي في الألقاب (٥/١٠٧) حديث رقم (١١٩٠٠) ط مؤسسة الرسالة.

(٢) انظر: السير (٨/١٧٢)، الجرح والتعديل (٣/٤٤٤، ٤٤٥).

(٣) انظر: القواعد الفقهية لابن رجب ص(١٢) قاعدة رقم (٩).

(٤) سبق ذكرها.

(٥) انظر: القواعد الفقهية ص(١٢) قاعدة رقم (٩)، والإنصاف (٦/٢٠٦).

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه.

الثاني فلا يدل لما قالوه ألا ترى إلى توقف الصلاة على الدعاء في كل ركعة من قراءة الفاتحة وسؤال المغفرة بين السجدتين وعلى الاستعاذة من الأربع وكونها لا تبطل بالتغذي بالمطعوم المحرم مع أنه لا يستجاب له. وأما الخبر الثاني، فلا يثبت.

وكونه لا يتوصل إلى الحج بدون المال، فإنما هو معونة محضة ووقوع الخلل في أحكام المعونة لا يقدح في أصل الحج كما يقدح في أصل الصوم الاستعانة عليه بالطعام المغصوب، ولا في الوضوء التوصل إلى محل الماء بالدابة المغصوبة، وهذا القول أقوى وإذا ثبت وجب بدل الماء ديناً في ذمته، كما في نظائره.

فصل

والهدي المغصوب لا يجزي[١] لخبر أبي هريرة: «**إن الله طيب لا يقبل إلّا طيباً**»[٢]، وفي لفظ: «**لا يقبل الله إلّا الطيب**»، أخرجه مسلم أيضاً ولما ذكرنا[٣] من أن القربة لا تحصل بالمعصية وأيضاً فالمأمور به إنما هو بالمملوك له، فلا يكون بالغصوب ممتثلاً. وإن كان الثمن مغصوباً، فكذلك اشتراه بالعين أو في الذمة[٤] لأنه غير طيب فيدخل في عموم الخبر ولما مر[٥] من أن القرب لا تقع بالمعاصي، وإن أوقع الطواف أو السعي أو الوقوف على الدابة المغصوبة. ففي الصحة روايتا الصلاة في البقعة المغصوبة[٦].

---

(١) الإنصاف (٦/٢٠٦).
(٢) هذا الحديث أخرجه مسلم وقد سبق تخريجه.
(٣) سبق ذكرها.
(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٦).
(٥) سبق ذكرها.
(٦) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٦).

المسألة الرابعة:

أداء المغصوب في الزكاة غير مجزئ[١] ثبت في الصحيح من حديث عبد الله بن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ **(يقول)**[٢]: (لا تُقبل صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول)[٣].

وصح أيضاً من جهة أبي المليح بن أسامة[٤] عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «**لا يقبل الله عز وجل صدقة من غلول ولا صلاة بغير طهور**»[٥].

وثبت من حديث سعيد بن يسار[٦] أنه سمع أبا هريرة يقول قال رسول الله ﷺ: «**ما تصدق أحد بصدقة من طيب ولا يقبل الله إلا الطيب إلا أخذها الرحمٰن بيمينه**» وذكر الحديث[٧]، متفق عليه واللفظ لمسلم[٨]؛

---

(١) الإنصاف (٢٠٦/٦).

(٢) في المخطوط كتبت: «يقبل»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(٣) أخرجه البخاري في: باب لا يقبل الله صدقة من غلول من كتاب الزكاة وباب لا تقبل صلاة بغير طهور من كتاب الوضوء فتح الباري شرح صحيح البخاري (٢١٥/٣، ٢١٦). (١٩٨/١، ١٩٩) وأخرجه مسلم في باب وجوب الطهارة للصلاة من كتاب الطهارة صحيح مسلم بشرح النووي (١٠٢/٣).

(٤) هو: أبو المليح بن أسامة الهزلي، قيل اسمه عامر، وغير ذلك تابعي. انظر: التهذيب (٢٦٨/١٢)، السير (٩٤/٥).

(٥) أخرجه أبو داود في: باب فرض الوضوء، من كتاب الطهارة (١٤/١)، وابن ماجه في باب لا يقبل الله صلاة بغير طهور من كتاب الطهارة سنن ابن ماجه (١٠٠/١)، والنسائي في: باب فرض الوضوء من كتاب الطهارة، وفي باب الصدقة من غلول، من كتاب الزكاة المجتبى (٧٥/١، ٤٢/٥). والدارمي في: باب لا تقبل الصلاة بغير طهور، من كتاب الطهارة سنن الدارمي (١٧٥/١).

(٦) هو: سعيد بن أبي الحسن يسار البصري، أخو الحسن البصري، من ثقات التابعين، وثقه النسائي وغيره توفي سنة (١٠٠هـ) وكان يسمى راهباً لدينه، انظر: السير (٥٨٨/٤)، التهذيب (١٥/٤).

(٧) الحديث: «**وإن كانت تمرة فتربو في كف الرحمٰن حتى تكون أعظم من الجبل كما يربّي أحدكم فلوه أو فصيله**».

(٨) أخرجه البخاري في: باب الصدقة من كسب طيب من كتاب الزكاة فتح الباري شرح =

ولأن الأمرَ توجه إلى مال نفسه لقول الله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]، وقوله تعالى: ﴿فِيٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ﴾ [المعارج: ٢٤]، وقول النبي ﷺ لمعاذ بن جبل[١]: «**أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم**»[٢]، فلا يقع الامتثال بمال غيره، ولأنه معصية فلا تتأتى به القربة.

ثم إن أبا الخطاب صرَّح بجريان الخلاف في الزكاة وتبعه عليه المصنف في كتابه الكبير[٣] وغيره من الأصحاب كما انتظمه عموم إيراد الكتاب: فإن أريد به ما ذكرنا من أداء المغصوب؛ أي: عن الغاصب وهو الصحيح، فهذا شيء لا يقبل نزاعا البتة لما فيه من النص. فلا يتوهم خلافه[٤] وإن أريد به الأداء عن المالك بأن أخرج عنه من النصاب المغصوب، وهو بعيد جداً. فإن الواقع من التصرف للعبادة غنما يكون عن الغاصب نفسه، فلا يقبل أيضاً. خلافاً لاتفاقنا على اعتبار نية المالك، إلّا أن يمتنع من الأداء. فيقهره الإمام على الأخذ فيه. فيجزىء

= صحيح البخاري (٣/٢١٧، ٢١٨)، ومسلم في باب كل نوع من المعروف صدقة من كتاب الزكاة صحيح مسلم بشرح النووي (٧/٩٨).

(١) هو: معاذ بن جبل بن أوس الخزرجي أبو عبد الرحمٰن المدني صحابي جليل شهد مع رسول الله ﷺ العقبة وشهد المشاهد كلها وكان أعلم الأمة بالحلال والحرام كان إماماً من كبار فقهاء الصحابة وإليه المنتهى في العلم بالأحكام قال عنه ﷺ: «اقرءوا القرآن من أربعة وذكر» منهم معاذاً، توفي سنة (١٨هـ). انظر: الإصابة (٣/٤٠٦)، التقريب ص(٣٤٠).

(٢) أخرجه البخاري: في باب لا تؤخذ كرائم أموال الناس، وباب أخذ الصدقة من الأغنياء..، من كتاب الزكاة، وباب ما جاء في دعاء النبي ﷺ أمته على التوحيد..، من كتاب التوحيد. صحيح البخاري (٢/١٣٠، ١٥٨، ٩/ ١٤٠)، ومسلم في: باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام، من كتاب الإيمان صحيح مسلم (١/٥٠، ٥١)، وأبو داود في باب زكاة السائمة، من كتاب الزكاة سنن أبي داود (١/٣٦٦)، والإمام أحمد في المسند (١/٢٣٣).

(٣) انظر: المغني (٤/٢٧٢).

(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٦).

في الظاهر. وليس هذا بواحدٍ من الأمرين، ولا يجزىء بوجه[١].

🗐 فرع

وكذلك كل صدقة .من كفارة، أو نذر أو غيرهما[٢] لما قدمنا، والله تعالى أعلم. انتهى.

المسألة الخامسة:

عتق المغصوب لا ينفذ، وهو اتفاق من أهل المذهب[٣].

ومنصوصه من رواية إسحاق بن إبراهيم[٤] وما وجب استثناؤه من الأصل المختلف فيه، وقد دل عليه ما روى عمرو بن شعيب[٥] عن أبيه، عن جده عن النبيﷺ قال: «**لا طلاق إلّا فيما يملك ولا عتق إلّا فيما يملك ولا بيع إلّا فيما يملك**» أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه[٦]، وقال الترمذي: حديث حسن وعن البخاري هو من أصح حديث في الباب[٧].

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٦، ٢٠٧).

(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٦).

(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٦).

(٤) إسحاق بن إبراهيم: هوأبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم النيسابوري، خدم الإمام أحمد. وهو ابن تسع سنين، وكان ذا دين وورع، ونقل عن أحمد مسائل كثيرة، ستة أجزاء، توفي ببغداد سنة (٢٧٥هـ). انظر: طبقات الحنابلة (١/١٠٨، ١٠٩).

(٥) هشام بن سعيد هو: عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص صدوق، مات سنة (١١٨هـ). انظر: التقريب ص(٢٦٠)، التهذيب (٨/٤٣).

(٦) أخرجه أبو داود في السنن (١/٥٠٦)، من كتاب الطلاق. باب الطلاق قبل نكاح وأخرجه الترمذي في باب ما جاء في لا طلاق قبل النكاح، من أبواب الطلاق عارضة الأحوذي (٥/١٤٧)، وابن ماجه، في: باب لا طلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه (١/٦٦٠).

(٧) انظر: سنن الترمذي (٢/٣٩٨). ملحوظة: هذا الحديث ورد ذكره في كتاب التحقيق في أحاديث الخلاف (٢/٢٠٨ رقم ٥٤٥).

وروى هشام بن سعيد[١] عن الزهري عن عروة[٢] عن المسور بن مخرمة[٣] أن النبي ﷺ قال: «**لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك**»[٤]أخرجه ابن ماجة[٥] من جهة علي بن الحسين بن واقد[٦] عنه، ورويناه عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم[٧] عن أبيه عن جده «**أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن فكان في الكتاب: «ولا طلاق قبل إملاك ولا عتاق حتى يبتاع»** أخرجه الإمام أحمد في المسند[٨] وعن عبد الله بن عبد الرحمٰن الدارمي[٩] في مسنده الموسوم بالصحيح...

وأبي بكر الأثرم في سننه وغيرهم جميعاً عن الحكم بن موسى[١٠]

---

(١) هو: هشام بن سعيد الطالقاني أبو أحمد البزار قال عنه أحمد بن حنبل ثقة. انظر التهذيب (١١/٣٨)، الجرح والتعديل (٩/٦٢، ٦٣)

(٢) هو: عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي أبو عبد الله المدني، كان أحد علماء المدينة وأفاضلها وأزهادها، وأحد فقائها السبعة، كان كثير الحديث حجة ثبتاً ثقة مأموناً، رجلاً صالحاً لم يدخل في شيئ من الفتن وهو الذي حفر بئر عروة بالمدينة. انظر: التقريب ص(٢٣٨)، التهذيب (٧/١٦٣).

(٣) هو: المسور بن مخرمة بن نوفل بن أهيب بن عبد مناف الزهري أبو عبد الرحمٰن ولد بمكة بعد الهجرة بستين وقدم إلى المدينة عقب ذي الحجة سنة ثمان، مات سنة (٦٤هـ). انظر: التهذيب (١/١٣٧).

(٤) جاء في المخطوط ولا عتق فيما ملك والصواب ما أثبته في المتن.

(٥) أخرجه ابن ماجه، في: باب لا طلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه (١/٦٦٠).

(٦) هو: علي بن الحسين بن واقد أبو الحسن المروزي قال النسائي: ليس به بأس، توفي سنة (٢١١هـ). انظر: التهذيب (٧/٢٧١)، السير (١٠/ ٢١١).

(٧) هو: أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري الخزرجي. انظر: السير (٥/٣١٣).

(٨) أخرجه أحمد في المسند (٢/١٨٩/ ٢٠٧).

(٩) أخرجه الدارمي في: باب لا طلاق قبل نكاح، من كتاب الطلاق (٢/١٦١)

(١٠) هو: الحكم بن موسى بن أبي زهير شيرزاد أبو صالح البغدادي القنطري الزاهد، وثقه يحيى بن معين، سمع من كثير منهم عبد الله بن المبارك، يحيى بن حمزة وطبقتهم، =

عن يحيى بن حمزة[١] عن سليمان بن داود الخولاني[٢] عنه. وأخرجه النسائي[٣] أيضاً في السنن من حديث الحكم بن موسى كذلك، وهذا إسناد صحيح. وقد سئل عنه الإمام فقال: أرجو أن يكون صحيحاً ومنهم من وهم الحكم في سليمان بن داود، وقال: إنما هو سليمان بن أرقم[٤][٥]، وأنه في أصل يحيى بن حمزة كذلك، وهذا رواية محمد بن بكار بن بلال[٦] عن يحيى فيضعف الإسناد على هذا التقدير للطعن على ابن أرقم. ثم أن أحمد بن عدي أبى ذلك وقال: سليمان بن داود الخولاني صحيح كما ذكره الحكم، وقد رواه عنه غير يحيى بن حمزة. انتهى.

وموهم الحكم إنما يصح أن لو انفرد به وهو لم ينفرد به بل تابعه

= وحدث عنه مسلم وبواسطة النسائي، وابن ماجه، أحمد بن حنبل، والدارمي وغيرهم، توفي سنة (٢٣٢هـ). قال أبو عبيد الآجري: سألت أبا داود عن حديث الحكم بن موسى في الصدقات؟ فقال: لا أحدث به. قلت: ساقه أبو داود في كتاب المراسيل عن يحيى عن حمزة عن سليمان بن داود قال: وصوابه سليمان بن أرقم كما جاء في كتاب الميزان (٢/ ٢٠١، ٢٠٢). انظر: السير (١١/ ٥/ ٦)، التهذيب (٢/ ٣٧٨، ٣٧٩).

(١) هو: يحيى بن حمزة بن واقد، قاضي دمشق، ثقه، كثير الحديث، توفي سنة (١٨٣هـ). انظر: السير (٨/ ٣٤١، ٣٤٥).

(٢) هو سليمان بن داود الخولاني الدمشقي الداراني ويقال أنه سليمان بن أرقم. انظر: التهذيب (٤/ ١٦٥)، الجرح والتعديل (٤/ ١١٠).

(٣) أخرجه النسائي في باب: لا يصح بيع ما ليس عند البائع، من كتاب البيوع (٧/ ٢٨٩) رقم (٤٦١٣).

(٤) هو: سليمان بن أرقم أبو معاذ البصري مولى قريظة أو النضير البصري قيل ليس بثقة روى أحاديث منكرة. انظر: التهذيب (٤/ ١٤٨)، الجرح والتعديل (٤/ ١٠٠).

(٥) انظر: السير (١١/ ٥، ٦)، الجرح والتعديل (٤/ ١٠٠).

(٦) هو: محمد بن بكار بن بلال أبو عبد الله العاملي الدمشقي مفتي دمشق وقاضيها وهو من أهل الفتوى بدمشق، توفي سنة (٢١٦هـ). انظر: التهذيب (٩/ ٦٥)، السير (١١/ ١١٤، ١١٥).

عليه أحمد بن أبي الطيب[١] واسمه سليمان المروزي عن يحيى وأحمد هذا احتج به البخاري في صحيحه، وقال فيه أبو زرعة الرازي[٢]: كان حافظاً ثبت أن يحيى حدث به كما قال الحكم[٣] وروينا عن أبي محمد عبد الله بن محمد بن جعفر بن حبان[٤] الحافظ في كتاب النكاح عن أبي يعلي[٥] عن محمد بن المنهال[٦] عن أبي بكر الحنفي[٧] حدثنا ابن أبي ذئب[٨] حدثنا عطاء بن رباح[٩]، عن جابر[١٠] قال قال

---

(١) هو: أحمد بن أبي الطيب سليمان البغدادي أبو سليمان المعروف بالمروزي ذكرني الثقات انظر: التهذيب (٣٩/١).

(٢) هو عبيد الله بن عبد الكريم بن يزيد بن فروخ المخزومي أبو زرعه الرازي. انظر: التهذيب (٢٨/٧).

(٣) انظر: التهذيب (٣٩/١).

(٤) ابن حبان: أبو الشيخ عبد الله بن محمد بن جعفر بن حبان، الأصفهاني، محدث، مفسر، ثقة، توفي سنة (٣٦٩هـ). انظر: تاريخ التراث العربي (٤٠٤/١/٤٠٦).

(٥) أبو يعلى هو: شيخ المؤلف القاضي أبو يعلي محمد بن الحسن بن الفداء شيخ الحنابلة وناشر مذهبهم، عالم بالفروع، والأصول، كانت له مكانة عند خلفاء عصره وقد صنف التصانيف الكثيرة في مختلف الفنون والفروع منها العدة في أصول الفقه، أحكام القرآن، التعليق في الفقه وغيرها مات سنة (٤٥٨هـ). انظر: طبقات الحنابلة (١٩٣/٢)، تاريخ بغداد (٢٥٦/٢).

(٦) هو: محمد بن المنهال العطار البصري أخو الحافظ الثقة حجاج بن المنهال الأنماطي ثقه. انظر: السير (٦٤٥/١٠)، التهذيب (٤٢٠/٩).

(٧) أبو بكر الحنفي لعله أبو بكر عبد الكبير بن عبد المجيد البصري كان من أئمة الحديث وثقه أحمد بن حنبل وغيره، توفي سنة (٢٠٤هـ). انظر: التهذيب (٨٠/٦)، السير (٤٨٩/٩، ٤٩٠).

(٨) هو: أبو الحارث محمد بن عبد الرحمٰن بن المغيرة القرشي بن أبي ذئب، من فقهاء التابعين بالمدينة المنورة توفي سنة (١٥٩هـ). انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي (٦٧).

(٩) هو: عطاء بن أبي رباح أسلم القرشي مولاهم المكي أبو محمد، كان فقيهاً عالماً كثير الحديث انتهت إليه فتوى أهل مكة في زمانه قال ابن عباس: «تجتمعون إليّ يا أهل مكة وعندكم عطاء»، وقال قتادة: أعلم الناس بالمناسك عطاء. انظر: حلية الأولياء (٣١٠/٣)، السير (٧٨/٥).

(١٠) هو: جابر بن عبد الله الانصاري الخزرجي السلمي المدني الفقيه، توفي سنة ٧٧ وقيل (٧٨هـ). انظر: السير: (١٥٤/١٦، ١٥٦)، التهذيب (٣٧/٢).

رسول الله ﷺ (لا نكاح إلّا بولي ولا طلاق إلّا بعد نكاح ولا عتاق إلّا بعد ملك)[١] والإسناد على شرط الصحيح.

وروينا عن يحيى بن أبي كثير[٢] عن طاوس[٣] عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**لانذر إلّا فيما أطيع الله فيه ولا يمين في قطيعة رحم ولا عتاق ولا طلاق فيما لا يملك**» أخرجه الدارقطني في السنن[٤] من جهة عمر بن يونس اليمامي[٥] عن سليمان بن أبي سليمان اليمامي[٦] عنه.

وصح من رواية محمد بن المنكدر[٧] عن طاوس عن النبيﷺ مرسلاً رواه حسين بن محمد المروذي[٨]، عن ابن أبي ذئب عنه، وفي الباب من الحديث المرفوع غير ما تقدم وروينا من حديث ابن جريح عن عطاء عن ابن عباس قال: «**لا طلاق إلا من نكاح ولا عتق إلا بعد ملك**»[٩].

(١) عزاه الهيثمي إلى الطبراني في الأوسط انظر: مجمع الزوائد (٣٣٧/٤).

(٢) هو: يحيى بن كثير الطائي مولاهم أبو نصر اليمامي واسم أبيه صالح وقيل يسار وقيل نشيط وقيل دينار. انظر: التهذيب (١١/ ٢٣٥).

(٣) طاوس هو: طاوس بن كيسان، أبو عبد الرحمٰن الحميرى مولاهم الجندي الفارسي يقال اسمه ذكوان، ثقة فقيه فاضل مات سنة (١٠٦هـ). انظر: التقريب ص(١٥٦)، التهذيب (٨/٥).

(٤) أخرجه الدارقطني في كتاب الطلاق والخلع والايلاء وغيره، سنن الدارقطني (١٦/٤).

(٥) هو: عمر بن يونس بن القاسم الحنفي، أبو حفص اليمامي وثقه يحيى بن معين، والنسائي، توفي سنة (٢٠٠هـ). انظر: التهذيب (٤٤٥/٧)، السير (٤٢٢/٩، ٤٢٣).

(٦) هو: سليمان بن أبي سليمان الزهري اليمامي لعله الحافظ أبو داود اليمامي من شيوخ أبي زرعه، وأبي حاتم، ليس بمشهور. انظر: السير (١٠/ ٦٧٧).

(٧) هو: أبو عبد الله محمد بن المنكدر بن عبد الله التيمي، أحد الأعلام، تابعي ثقة توفي سنة (١٣٠) أو (١٣١هـ). انظر: التهذيب (٤١٧/٩).

(٨) هو: حسين بن محمد بن مصعب بن رزيق أبو علي المروذي السبخي، توفي سنة (٣١٥هـ)، وقيل: (٣١٦هـ). انظر: تذكرة الحفاظ (٨٠١/٣، ٨٠٢)، السير (١٤/ ٤١٣، ٤١٤).

(٩) أخرجه البخاري في باب لا طلاق قبل النكاح من كتاب الطلاق صحيح البخاري (٣٨١/٩).

ومن حديث عمرو بن دينار[١] عن جابر قال: إنما يطلق الرجل ويعتق ما يملك فأما ما لا يملك، فليس له أن يطلق ولا يعتق؛ لأن العتق قربة مالية فلا يحصل بالمغصوب عملاً بقول النبي ﷺ: «**ولا يقبل الله إلا الطيب**»[٢].

وكذا الوقف لا ينفذ في المغصوب قولاً واحداً، ولو كان ثمن المعتق أو الموقوف مغصوباً فكذلك فإن اشترى بعين المال: وإن اشترى في الذمة ثم (نقده)[٣] فإن قيل بعدم إفادة المالك: فكذلك أيضاً. وإن قيل بالإفادة: نفذ العتق والوقف[٤]؛ لأن النبي ﷺ غيا العتق بالابتياع فيثبت عند وجوده، ولأن نفي العتق لانتفاء الملك يفيد بمفهومه الثبوت حالة(جواز)[٥] الملك والتقدير وجوده فيثبت العتق والوقف في معناه فيثبت له حكمه، والله أعلم.

القسم الثاني: العقود كالبيع والنكاح والإجارة وأورد المصنف في صحتها مطلقاً روايتين[٦] كما أورد أبو الخطاب[٧] في كتابه رواية الصحة مطلقاً لم أرى من تقدمه في إيرادها وللمصنف رحمه الله كلام في إطلاقها وتقييدها سنورده إن شاء الله. ثم إنه رحمه الله بنى في كتابه الكبير[٨] تصرف

---

(١) هو: أبو محمد عمرو بن دينار المكي الأثرم الجمحي مولاهم، ثقة، ثبت، توفي سنة (١٢٦هـ). انظر: التقريب ص(٢٥٩)، التهذيب (٢٦/٨).

(٢) هذا الحديث أخرجه من حديث أبي هريرة مسلم.

(٣) كتبت في المخطوط (نفذ) والصواب ما أثبته في المتن. انظر: الإنصاف (٢٧٠/٦). انظر: الإنصاف (٢٠٧/٦).

(٤) انظر: الإنصاف (٢٠٧/٦).

(٥) كتبت في المخطوط: «حور»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(٦) المقنع (٢٥٠/٢، ٢٥١).

(٧) انظر: المغني (٣٩٩/٧)، الشرح الكبير (٤٤٠/٥)، الإنصاف (٢٠٤/٦)، الهداية (١٩٦/١).

(٨) انظر: المغني (٣٩٩/٧)، الشرح الكبير (٤٤٠/٥)، الإنصاف (٢٠٥/٦).

الغاصب على تصرف الفضولي، فأثبت فيها ما في تصرف الفضولي، من رواية الانعقاد موقوفاً على إجازة المالك، وهي مذهب أبي حنيفة ومالك وقديم قول الشافعي[١].

ومن متأخري الأصحاب: من جعل هذه التصرفات من نفس تصرفات الفضولي، وليس بشيء[٢]، فإن المعنى بتصرف الفضولي عند أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ ما أوقعه الأجنبي على المالك لا عن نفسه وتصرف الغاصب إنما يوقعه عن نفسه لا عن غيره. ولا يصح أيضاً إلحاقه بالفضولي[٣].

فإن إيقاع التصرف عن الغير معونة له وإسداء منفعةٍ إليه من غير ترتب ضرر عليه، فناسب التصحيح بهذا الاعتبار جلباً للمصلحة وجعلاً له كالوكيل وما يفوت من الإذن ينجبر بالوقف على الإجازة، ولا كذلك إيقاع التصرف عن الغاصب نفسه فإنه يستند للظلم ومزيد حيلولة بين المال ومالكه وذلك في نظر الشرع مبعد للتصحيح جداً.

وقد أشار أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ إلى ما قلنا من رواية أحمد بن القاسم[٤] وسندي الخواتيمي[٥][٦] فر رجل ساق بدنة فضلت منه، فوجدها رجل فعلم أنها بدنته فنحرها عن صاحبها. وقيل: إن مالكاً يقول: تجزىء

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٤٦/٤).

(٢) انظر: الإنصاف (٢٠٥/٦).

(٣) انظر: الإنصاف (٢٠٥/٦).

(٤) هو: أحمد بن القاسم صاحب أبي عبيد القاسم بن سلام، حدث عن أبو عبيد، وعن أبي عبد الله أحمد بن حنبل أشياء كثيرة من مسائله، وكان من أهل العلم والفضل. انظر: تاريخ بغداد (٣٤٩/٤)، طبقات الحنابلة (٥٥/١، ٥٦)، المقصد الأرشد (١٥٥/١).

(٥) هو: أبو بكر الخواتيمي البغدادي، سمع من الإمام أحمد مسائل صالحة. انظر: طبقات الحنابلة (١٧٠/١، ١٧١)، المقصد الأرشد (٤٣٢/١).

(٦) انظر: الإنصاف (٢٠٦/٦).

عن صاحبها، فقال: نعم إذا كان إنما نوى ذلك حين ذبحها لا أن ينحرها بنفسه يغصب صاحبها إن كان أراد الغصب لم يجزىء عن صاحبها، وإن أراد النحر عن صاحبها فقد أجزأت عنه قيل، فجاء ببدنة لينحرها فجاء رجل فنحرها وصاحبها قائم، فقال: نعم إن كان إنما نحرها لنفسه يريد لحمها ويغصب صاحبها لم يجزه عن صاحبها. وإن كان إنما أراد معونة الرجل وأن يكفيه النحر ونحو هذا، فقد أجزأت عنه فكلمناه في هذا. وقلنا إنما هي نسكه وقربان يتقرب إلى الله بهذا الدم فنحرها، فلم يلتفت إلى قولنا. وقال: إذا كان غاصباً فقد ضمن ولا يجزي عن الأول، فجعل القصد لنفسه مانعاً من الوقوع لغيره والقصد لغيره قابلاً عن الغير لكونه معونة له وإسقاط للكلفة عنه وإذا أنجز هذا، ففي الجملة مسائل[1].

إحداها: غصب وباع فالمذهب بطلان البيع، وهو الحق[2]. قال عبد الله: سألت أبي عن رجل اشترى جارية فصح عنده أن الذي باعه اغتصبها من رجل يردها على مولاها أو على الذي اشتراها منه؟ قال: إذا صح عنده أنها له دفعها إليه[3]، وكذا روى يعقوب بن بختان. وعن إسماعيل بن سعيد قال: سألت أحمد عمن باع سرقة ولا يعلم به المشتري؟ قال: هو للمالك الأول ولا يجوز شراء هذا.

وعن موسى بن سعيد الدنداني[4] قال: سمعت أبا عبد الله يقول من

---

(١) ذكر الشارح خمس مسائل سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

(٢) انظر: المغني (٣٩٣/٧)، الإنصاف (١٧١/٦).

(٣) انظر: مسائل الإمام برواية ابنه عبد الله(٩٩٤/٣) مسألة رقم (١٣٥٥).

(٤) هو: موسى بن سعيد الدنداني، ثقة، رفيع القدر، كانت عنده مسائل حسان ذكره أبو بكر الخلال في كتابه. انظر: طبقات الحنابلة (٣٣٢/١)، المقصد الأرشد (٦/٣، ٧).

ابتاع سرقة ولا يعلم أنها سرقة؟ قال: أقول بحديث سمرة[(١)] وهو للمالك الأول، ولا يجوز شراء هذا.

وعن حرب ومحمد بن أبي حرب[(٢)] عن أحمد في الرجل يشتري السرقة والخيانة؟ قال: لا يجوز هذا وكرهه.

وعن حرب أيضاً قال: سألت أحمد قلت: الرجل توجد عنده السرقة فيقول: اشتريتها؟ قال: إذا أقام الذي له المتاع بينه أنه له أخذه ويرجع المشتري على البائع بالثمن[(٣)].

وعن علي بن سعيد: أنه سأل أحمد عن رجل يجد سرقة عند إنسان قال: هو ملكه يأخذه.

وقال إبراهيم بن هانئ، وابن بختان: سئل أبو عبد الله عن رجل سرق له شيء فوجده، قال: إذا أقام البينة أنه لم يبع ولم يهب أخذه.

وعن إسحاق بن منصور أنه قال لأبي عبد الله: إذا وجدت السرقة عند رجل قال: صاحبها أحق بها، فأفادت النصوص بأسرها بقاء ملك المالك وبطلان البيع. وبه يقول الثوري والشافعي وابن المبارك[(٤)] وإسحاق لقول النبي ﷺ: «**ولا بيع إلا فيما يملك**» وقد تقدم[(٥)].

---

(١) حديث سمرة بن جندب هو: من وجد متاعه عند رجل، فهو أحق به ويتبع المبتاع من باعه. أخرجه البخاري، ومسلم، وأبو داود، وابن ماجه، والإمام وقد سبق تخريجه ص(١٢٠).

(٢) هو: أبو جعفر محمد بن أبي حرب الجرجائي. عنده عن أحمد مسأل مشبعة، كان ورعاً جليل القدر، كان أحمد يكاتبه ويسأل عن أخباره. انظر: طبقات الحنابلة (٣٣١/١).

(٣) انظر: المغني (٤٢٢/٧).

(٤) هو: عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي التميمي مولاهم، أحد الأئمة، ثقة وثبت فقيه عالم جواد مجاهد جمعت فيه خصال الخير، مات سنة (١٨١هـ). انظر: التقريب ص(١٨٧)، التهذيب (٣٣٤/٥).

(٥) قد سبق تخريجه.

وقد قال النبيﷺ لحكيم بن حزام[(١)]: «**لا تبع ما ليس عندك**»[(٢)] وهو حديث جيد الإسناد رواه يحيى بن أبي كثير عن يعلى بن حكيم الثقفي[(٣)]. عن يوسف بن ماهك[(٤)] عن حكيم.

وروى عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يحل سلف وبيع**» وذكر الحديث[(٥)]، وفيه: «**لا تبع ما ليس عندك**» أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي[(٦)] وقال الترمذي: حسن صحيح[(٧)].

وفي لفظ للنسائي: «**ليس على رجل بيع فيما لا يملك**»[(٨)] وهو

---

(١) هو: حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى الأسدي أبو خالد القرشي الصحابي.
انظر: التقريب ص(٨٠/ ٨١)، التهذيب (٢/٣٣٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه في: باب النهي عن بيع ما ليس عندك. .، من كتاب التجارات، سنن ابن ماجه (٢/٧٣٧)، والترمذي، في: باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، من أبواب البيوع، عارضة الأحوذي (٥/٢٤١)، كما أخرجه أبو داود، في باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، من كتاب البيوع، سنن أبي دواد (٢/٢٥٤)، النسائي، في: باب بيع ما ليس عند البائع.
من كتاب البيوع. المجتبى (٧/٢٥٤)، والإمام أحمد في المسند (٣/٤٠٢، ٤٣٤).

(٣) هو: يعلى بن حكيم الثقفي مولاهم، المكي، سكن البصرة، وروى عن سعيد بن جبير وغيره، كان ثقة صدوقا.

(٤) هو: يوسف بن ماهك بن بهزاد الفارسي المكي ثقة مات سنة (١٠٦هـ) وقيل قبل ذلك. انظر: التقريب ص(٣٨٩)، والتهذيب (١١/ ٣٧١).

(٥) الحديث نصه كالآتي: «**لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك**».

(٦) أخرجه أبو داود، في: باب الرجل يبيع ما ليس عنده، من كتاب البيوع. سنن أبي داود (٢/٢٥٤)، والترمذي في: باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، من أبواب البيوع،عارضة الاحوذي (٥/٢٤٣). كما أخرجه النسائي في: باب شرطان في بيع وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا . .من كتاب البيوع المجتبى (٧/٢٥٩).

(٧) انظر: سنن الترمذي (٣/١٧).

(٨) أخرجه النسائي في باب ما ليس عند البائع من كتاب البيوع سنن النسائي (٧/٢٨٩).

مفسر للفظ الأول وروى سمرة بن جندب قال: قال رسول الله ﷺ: **«من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به ويتبع البيع من باعه»**(١) وهو أيضاً صحيح.

وأما الصحة على الإطلاق: فلا أعلم به أيضاً، سوى نصه على ملك المالك كربح المال المغصوب(٢)، كما سنورده في مسألة الربح(٣) فإن من ضرورة الملك فيه تصحيح العقد، وإن لا؛ فالثمن كله باق بأدلة والعين باقية على ملك مالكها ولا ربح.

والمصنف رَحِمَهُ اللَّهُ لما أورد قول الصحة في الكتاب الكبير(٤) أطلقه مرة كما ها هنا وكما قال أبو الخطاب. ومرة قال: ينبغي أن يتقيد بما لم يبطله المالك. قال: فأما ما اختار المالك إبطاله، وأخذ المعقود عليه، فلا نعلم فيه خلافاً.

وأما ما لم يدركه المالك، فوجه التصحيح فيه: أن الغاصب تطول مدته، وتكثر تصرفاته، ففي القضاء ببطلانها ضرر كبير، وربما عاد الضرر على المالك(٥). فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بنامئه، وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك(٦)، وهذا ما قال وهو أشبه من الإطلاق وفيه (شبه)(٧) من الوقف على الإجازة التفاتاً إلى

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه والإمام مالك، وقد سبق تخريجه.
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٤).
(٣) سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى.
(٤) انظر: المغني (٧/٣٩٩).
(٥) انظر: المغني (٧/٣٩٩)، الشرح الكبير (٥/٤٤٠)، المبدع (٥/١٨٧)، الإنصاف (٦/٢٠٤)، حاشية الروض المربع (٥/٤٠٩).
(٦) انظر: المغني (٧/٣٩٩)، الشرح الكبير (٥/٤٤٠)، المبدع (٥/١٨٧)، الإنصاف (٦/٢٠٤)، حاشية الروض المربع (٥/٤٠٩).
(٧) كتبت في المخطوط شعبة ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

الفضولي، وقد بينا فساد اعتباره. وأما طول مدة الغصب، وكثرة تصرفات الغاصب: فلا يُطرد. بل كثير من المغصوب لا يتصرف فيه بعقد أصلاً، وبتقدير الاطراد غالباً[١]. فترتب كثرة الضرر على البطلان إنما هو نتيجة عدوان، فلا أثر له وكيف كان فهذه المناسبات لا اعتبار لها في مقابلة النص.

المسألة الثانية:

ربح المالك المغصوب وهذا من فروع ما قبله وله حالتان[٢]:

إحداهما: باع واشترى بعين المال، أو بثمن الأعيان المغصوبة، فنصه متكثر بملك المالك للمال وللربح[٣].

قال في رواية عبد الله: لو غصب مالاً، فتجر فيه يرد المال والربح لصاحبه وكذلك الوديعة يردهما المال والربح جميعاً[٤].

وفي رواية صالح: إذا اغتصب مالاً ثم ربح فيه، رد الأصل والربح على صاحبه. وقال صالح: سألت أبي عن رجل خان قوماً بمال، وكسب فيه مالاً، ورد الخيانة، أيطيب له الربح؟ قال أبي: يرد الخيانة وربحها على أربابها[٥].

وفي جامع الخلال: عن أبي طالب: أنه سئل أبا عبد الله عن رجل

---

(١) انظر: الإنصاف (٢٠٤/٦).

(٢) هناك حالتان الحالة الأولى ها هنا والحالة الثانية سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (٤١٥/١)، المغني (٣٩٩/٧)، الشرح الكبير (٤٤٠/٥، ٤٤١)، المبدع (١٨٧/٥)، الإنصاف (٢٠٨/٦)، كشاف القناع (١١٣/٤)، حاشية الروض المربع (٤١٠/٥).

(٤) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله (٩٩٤/٣) مسألة رقم (١٣٥٦) وكذلك (٩٨٣/٣، ٩٨٤) مسألة رقم (١٣٤١)

(٥) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح (٢٨٧/١) مسألة رقم (٢٣٠، ٢٣١).

سرق ألف درهم فعمل بها حتى كثر ماله ثم رد المال إلى صاحبه ما كسب يطيب له؟

قال: لا ولا كرامة يأخذ مال الرجل يعمل به ثم يرد ألفاً يرده كله إليه. قلت: يحتج فيه قال: فعل النبي ﷺ حين أعطى الدينار ليشتري به شاة[١]، فاشترى شاتين فباع واحدة وجاء بالدينار، فأخذه النبي ﷺ. قلت: النبيﷺ دفعه إليه؟ قال: أليس خالفه وفعل ما لم يأمره واتجر فيه، فما ربح أعطاه النبيﷺ فأخذه، وإنما كان ديناراً فجاءه بشاة وبالدينار فأخذه؟![٢].

وعن أحمد بن الحسن الترمذي[٣] قال: سئل أبو عبد الله عمن غصب جارية فوجدت قد ولدت؟ قال: يأخذها وولدها وكذلك الوديعة إذا عمل فيها بغير إذن صاحبها فربح هو ضامن والربح لصاحب المال[٤]، ثم قال: على إثر ذلك الفرع (أبدا)[٥] تبع للأصل. وعن علي بن سعيد: أنه سأل أبا عبد الله عن رجل غصب مالاً، فاتجر به ونما وكثر قال: يردّه كله الربح وغيره[٦]. وعن أبي الحارث أنه سأل عن رجل في يده مال حرام منذ سنين يتجر فيه وقد ربح فيه مالاً كثيراً؟ قال:

---

(١) ساقطة من المخطوط أثبتها ليستقيم المعنى.

(٢) أخرجه البخاري في: باب حدثني محمد بن المثنى..، من كتاب المناقب صحيح البخاري (٢٥٢/٤) وأبو داود في: باب في المضارب يخالف من كتاب البيوع. سنن أبي داود (٢٢٩/٢). وابن ماجه في: باب الأمين يتجر فيه فيربح، من كتاب الصدقات. سنن ابن ماجه (٨٠٣/٢). والترمذي في: باب حدثني أبو كريب..، من أبواب البيوع عارضة الأحوذي (٢٦٣/٥). والإمام أحمد في: المسند (٣٧٦/٤).

(٣) هو: أبو الحسن أحمد بن الحسن الترمذي، حدث البخاري عنه في «الصحيح» عن الإمام أحمد، ونقل عن الإمام مسائل كثيرة. انظر: طبقات الحنابلة (٣٧/١، ٣٨)، المقصد الأرشد (٨٨/١).

(٤) انظر: الروايتين والوجهين (٤١٥/١)، والإنصاف (٢٠٩/٦) إلا أنه لم ينسب إليه.

(٥) ما بين القوسين كلمة ممسوح جزءاً منها لعله يقصد بها ما قد أثبته في المتن.

(٦) انظر: الروايتين والوجهين (٤١٥/١).

يرد جميع ما عنده من هذا المال وما ربح فيه إلى صاحبه قال: وسألته عن رجل غصب مالاً فتجر به؟ قال: يرده وما نما عنده.

وعن يعقوب بن بختان: سئل أبو عبد الله عن رجل سرق ألف درهم فاتجر فيها حتى كثرت ونمت ثم تاب فأراد أداءها؟ قال: يرد جميع ما عنده من ربح وغيره. انتهى.

ويروى مثل ذلك عن أبي قلابة[١]، وعطاء، ونافع، وقال به إسحاق[٢] والشافعي[٣] في قديم القولين.

ولا يعرف فيه عن أحمد خلاف ذلك[٤] وهو مشكل بالنسبة إلى ما تقرر عنه من البطلان.

واحتج رَحِمَهُ اللَّهُ فيه بحديث عروة بن الجعد البارقي[٥] حيث أدى إلى رسول الله ﷺ رأس المال والربح والاستدلال ليس بالبين، فإن عروة لم يوقع العقد لنفسه، فالمعتدي بالإيقاع لنفسه ليس في معناه[٦]. واستدل له أيضاً بما روينا في كتاب الأثرم عن رباح بن عبيدة[٧] أن رجلاً دفع إلى

---

(١) أبو قلابة هو: عبد الله بن زيد بن عمرو أو عامر الجرمي أبو قلابة البصري ثقة، فاضل كثير الإرسال، توفي سنة ١٠٤هـ وقيل قبلها. انظر: التقريب ص(١٧٤)، التهذيب (١٩٧/٥).

(٢) قول: أبي قلابة ونافع وإسحاق ذكره ابن قدامة في المغني (١٦٢/٧).

(٣) انظر: المهذب (٣٧١/١)، روضة الطالبين (١٤٦/٤)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٤٨/١٤).

(٤) انظر: المغني (١٦٢/٧)، الإنصاف (٢٠٨/٦).

(٥) هو: عروة بن عياض بن أبي الجعد الأزدي البارقي، سكن الكوفة (وبارق جبل في اليمن على المشهور نزله سعد بن عدي بن مازن) وهو الذي أرسله النبيﷺ ليشتري بدينار فاشترى به شاتين. الإصابة (٤٧٦/٢)، التهذيب (١٦١/٧).

(٦) انظر: المغني (١٦٢/٧، ١٦٣)، الفروع (٣٨٤/٤)، المبدع (١٨٧/٥)، والإنصاف (٢٠٨/٦)، كشف القناع (١١٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٥/٣).

(٧) هو رباح بن عبيدة السلمي الكوفي روى عن ابن عمر وأبي سعيد، وهو ثقة. انظر: التهذيب (٢٥٩/٣).

رجل دراهم ليبلغها أهلها، فاشترى بها ناقة فباعها فسأل ابن عمر عن ذلك قال: «ادفع إليه دراهمه بنتاجها»[١] وهذا إليَّ رباح صحيح. ولأنه نماء ملكه فكان تابعاً لأصله كالسمن[٢].

ويتخرج من القول ببطلان التصرف: رواية بعدم الملك للربح[٣] ولما اشترى بالمال كما قال ابن المنذر، وغيره، وهو الأقوى[٤] لأن العقد لم يصلح لإفادة الملك، فلا يكون المرتب عليه مملوكاً فيرد كل مال إلى ربه.

وعن أحمد: يتصدق به ـ أعني: الربح ـ ولا يكون لواحد منهما، حكاه الشريف أو جعفر، وأبو الخطاب في رؤوس المسائل[٥]، وأورده الخلال في كتابه في باب الوديعة من رواية حنبل بن أبي نجيح[٦] فر رجل استودع طعاماً فباعه فكان فيه ربح؟ قال عطاء: هو للذي استوع. وقال مجاهد[٧]: ليس

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب المضارب إذا خالف فربح من كتاب البيوع (٣٥٣/٤، ٣٥٤). ملحوظة: ما جاء في مصنف ابن أبي شيبة الموضع السابق بنفس المعنى ولكن بلفظ مختلف فجاء عن ابن عمر أنه قال: الربح لصاحب المال.

(٢) انظر: المغني (٤٠٠/٧)، الكافي (٣٩٣/٢).

(٣) انظر: الإنصاف (٢٠٨/٦).

(٤) انظر: الإنصاف (٢٠٨/٦).

(٥) انظر: المغني (٣٣٩/٧)، الشرح الكبير (٤٤١/٥)، المبدع (١٨٧/٥)، الإنصاف (٢٠٨/٦، ٢٠٩).

ملاحظة: الشريف أبو جعفر حكى رواية عن أحمد بأنه يتصدق به، وقال أيضاً الشريف. أبو جعفر وأبو الخطاب إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك. انظر: المغني والشرح الكبير والمبدع والإنصاف المواضع السابقة.

(٦) ابن أبي نجيح هو: أبو يسار، عبد الله بن أبي نجيح، أبو يسار الثقفي مولاهم، ثقة رمي بالغدر وربما دلس مات سنة (١٣١هـ) وقيل بعدها. انظر: التقريب ص(١٩١)، التهذيب (٤٩/٦).

(٧) مجاهد هو: مجاهد بن جبر أبو الحجاج المخزومي مولاهم المكي، ثقة إمام في التفسير وفي العلم، مات سنة (١٠١هـ)، وقيل: (١٠٤هـ). انظر: التقريب ص(٣٢٨)، التهذيب (٣٨/١٠).

لهذا ولا لهذا أن يتصدقا به[١]. قال أحمد قول مجاهد أحب إليّ، وحمل أبو بكر، والقاضي، ذلك على الورع ويأباه نفي الملك عن كل واحدٍ منهما[٢].

وقالت طائفة: الربح للغاصب[٣] ومنهم مالك[٤] والليث وأبو يوسف ونحوه، عن أبي حنيفة، وزفر، ومحمد بن الحسن، لكن قالوا يتصدق به لأنه غير طيب[٥].

وكذا قال الأوزاعي[٦] وقال أسلم: له أن يتصدق به.

وعن الثوري مثله أيضاً وقال: يتنزه عنه أحب إليّ. ودليل الملك فيما أورده قول النبي ﷺ: «**الخراج بالضمان**»[٧].

وقد تقدم أنه وارد فيما هو مضمون بالملك الصحيح، فلا تكون ما هو مضمون بالتعدي مراداً لانتفاء التساوي، ولو لم يرد في ذلك لتعين الحمل عليه جمعاً بين الخبر وبين الإخبار الدالة على عدم الملك؛ لأن القضاء بملك الغاصب ذريعة إلى الاغتصاب والجنايات فوجب القول بانتفائه دفعاً للمفسد.

الحالة الثانية:

باع سلماً، أو اشترى في الذمة، وأقبض المغصوب فربح: فالعقد

---

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الرجل تكون عنده الوديعة فيعمل بها لمن يكون ربحها؟ كتاب البيوع (٣٩٢/٤، ٣٩٣).

(٢) انظر: المغني (١٦٢/٧).

(٣) انظر: المغني (٤٠٠/٧)، الكافي (٣٩٣/٢، ٣٩٤)، الشرح الكبير (٤٤١/٥).

(٤) انظر: بداية المجتهد (١٤٦/٤، ١٤٧)، الإشراف لابن المنذر (١٣٧/٢).

(٥) انظر: المبسوط (٧٧/١١) بدائع الصنائع (١٥٣/٧)، الجامع الصغير ص(٤٦٦).

(٦) انظر: المغني (١٦٢/٧)، الإشراف لابن المنذر (١٧٣/٢) فقد ذكر في الإشراق قول الأوزاعي والثوري.

(٧) سبق تخريجه.

صحيح والإقباض فاسد؛ بمعنى أنه غير مبرئ[(١)]. وصحة العقد منصوص عليها من رواية المروذي[(٢)] في رجل سرق مالاً واشترى به جارية أيطأها؟ قال: نعم إذا اشتراها ثم أعطى المال بعد فالبيع واقع. وإذا قال: قد اشتريت الجارية بهذا المال بعينه. أكره هذا، ونص أيضاً على مثله في موضع آخر.

ويروى عن الشعبي، والنخعي، وحماد، وابن شبرمة[(٣)(٤)]، وقال به أبو حنيفة...

والشافعي[(٥)] في جديد قوليه، وداود لأنه عاقد في الذمة لا في ملك الغير. وعن الشافعي في القديم[(٦)] ينعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجازه صح وإلا بطل، وأظنه قول مالك. وحكاه القاضي في التعليق الكبير وجهاً قال: وهو أصح ما يقال في المسألة[(٧)].

وهذا مأخوذ من مثله في مسألة الفضولي. وهو مشكل؛ إذ كيف يقف تصرف الإنسان لنفسه على إجازة غيره[(٨)].

وإذا تعذر هذا ففي الربح وجهان[(٩)]: أوردهما أبو الخطاب

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٨)، كشاف القناع (٤/١١٣).

(٢) انظر: الفروع (٣/٣٨٤)، المبدع (٥/١٨٨)، الإنصاف (٦/٢٠٨).

(٣) ابن شبرمة هو: عبد الله بن شبرمة بن طفيل بن حسان أبو شبرمة الكوفي القاضي، من فقهاء التابعين توفي سنة (١٤٤هـ). انظر: التقريب (ص١٧٦)، التهذيب (٥/٢٢٠).

(٤) ما جاء عن الشعبي والنخعي وحماد وابن شبرمة ذكره ابن قدامة في المغني (٧/١٦٢).

(٥) انظر روضة الطالبين (٤/١٤٦).

(٦) انظر روضة الطالبين (٤/١٤٦).

(٧) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٨)

(٨) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٨)

(٩) هناك وجهان الوجه الثاني سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

في كتابه[١].

أحدهما: للمالك[٢]. وهو ظاهر المذهب، وما جزم به جماهير الأصحاب، حتى أبو الخطاب في رؤوس المسائل[٣]. وقال به الشافعي في القديم[٤]، وأصله كما ذكرنا من نصوص أحمد عموماً وإطلاقاً من غير تفصيل ودليله ما مر[٥] عن ابن عمر: «ادفع إليه دراهمه بنتاجها» ولم يستفصل عن عين أو ذمة[٦].

وهذا القول يستلزم سلامة العقد للمالك. وفيه بحث، فإن العقد إذا صح لكونه واقعاً في ذمة العاقد فكيف يحصل لمن لم يقع في ذمته؟ وإذا علم هذا ففي المأخذ وجهان أوردهما القاضي في تعليقه أشهرها: أنه نتيجة ملكه، فكان كالمتولد من عينه. وهذا قضاء بالدخول في الملك قهراً، كدخول الميراث بالإرث[٧].

والآخر: الوقف على القبول إن قيل دخل وإلّا فلا، ولعل عدم التعرض للرد في هذه الصورة كان لغلبة قبول المالك إذا رأى الربح والعوض، ولا سيما عند عسر البيع لكثرة التصرف وتقلبات الأيدي، وفيه نظر.

والوجه الثاني: الربح للغاصب، وقد أورده المصنف[٨] في

---

(١) انظر: المغني (٤٠٠/٧)، الشرح الكبير (٤٤١/٥)، إلا أنه لم ينسب له.
(٢) انظر: المغني (٤٠٠/٧)، الشرح الكبير (٤٤٠/٥، ٤٤١)، المبدع (١٨٧/٥)، الإنصاف (٢٠٩/٦)، كشاف القناع (١١٣/٤).
(٣) انظر: الإنصاف (٢٠٨/٦)
(٤) انظر: المهذب (٣٧٠/١)، روضة الطالبين (١٤٦/٤)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٤٨/١٤).
(٥) سبق ذكره.
(٦) انظر: كشاف القناع (١١٣/٤).
(٧) انظر: كشاف القناع (١١٣/٤).
(٨) انظر: المغني (٤٠٠/٧).

الكتاب رواية، وكذا صاحب المحرر[١]، والقاضي في التعليق الكبير أخذاً من رواية المروذي التي قدمنا[٢] في الأمة المشتراة، فله ﷺ نص على جواز الوطء. وجوازه إنما يكون في ملك تام، وإذا ثبت كون الملك له لزم كون الأرباح له. وهذا قول أبي حنيفة والشافعي[٣] في الجديد وغيرهما. وذكر المصنف أنه قياس قول الخرقي[٤] وهو الأقوى[٥]؛ لأنه أوقع العقد لنفسه في ذمته محكوماً بصحته، فكان المعقود عليه ملكاً له بنمائه وإذاً عليه عوض المغصوب إن لم يسترده وعلى الأول إن حصل خسران، فعليه ـ أعني: الغاصب ـ لأنه نقصان وجد في يده[٦].

وإذا نجز هذا ففي المحرر[٧] تقييد من الشرى بنية النقد للمغصوب تنزيلاً للقصد منزلة التعين من بعض الوجوه وهذا ضعيف، فإن التعين لا أثر له ما لم يكن بين المتعاقدين وكافة الأصحاب فيما علمت على الإطلاق، ويفيد ما أشار إليه من القيد ملك الغاصب، ولا بد للربح فيما لو أقبض المغصوب غير قاصد، فالعقد إن صدقه المالك على ذلك لحق العقد عن قرار مفسد، وهو قول بعض الشافعية[٨].

---

(١) انظر: المحرر في الفقه (١/٣٦٢).

(٢) سبق ذكره.

(٣) انظر: المهذب (١/٣٧٠)، روضة الطالبين (٤/١٤٦)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/٢٤٨).

(٤) انظر: المغني (٧/٤٠٠)، الشرح الكبير (٥/٤١١)، الإنصاف (٦/٢٠٩)

(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٩)

(٦) انظر: المغني (٧/٤٠٠)، الشرح الكبير (٥/٤١١).

(٧) انظر: المحرر في الفقه (١/٣٦٢) أيضاً ما جاء في المحرر موجود في الشرح الكبير (٥/٤٤١)، الفروع (٣/٣٨٤)، المبدع (٥/١٨٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٥).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٤/١٤٦).

فصل

اتجر المودع بالوديعة فالربح للمالك هذا هو المذهب[١] ورويناعن الأثرم في كتابه أنه سأل أبا عبد الله عن المستودع يعمل بالوديعة فيربح؟ فقال: يكون الربح لصاحب الوديعة[٢].

وفي مسائل صالح[٣]: سألته عن رجل استودع دراهم فعمل بها فربح؟ قال: الربح لربِّ المال. وفي موضع آخر قال لي: فإن تجر فيها فالربح لصاحبها، إلا أن يطيبها له.

وفي جامع الخلال: عن الحسن بن ثواب[٤]قال: قلت لأحمد: فالرجل يدفع إليه الوديعة، فيقول: أنا ضامن لها ثم يشتري بها فيربح، قال: الربح لصاحب المال.

وقد فعل ذلك رسول الله ﷺ دفع إلى رجل ديناراً فاشترى، وباع، وربح ولم يؤذن له، فأخذه النبي ﷺ ودعا بالبركة[٥].

وعن أبي طالب قال: سألت أحمد قلت: مالك يقول فيمن استودع وديعة، فاتجر فيها أنه يضمن المال وما ربح كان له؛ لأنه ضامن للمال قال: ما كنت أظن أنه يقول هذا حديث النبي ﷺ أعطى ديناراً فأشترى شاتين فباع واحدةً فجاء بشاة ودينار، فأخذه النبي ﷺ[٦]. وابن عمر كان

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٠٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٥).

(٢) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/٤١٥)، إلا أنه لم ينسب له.

(٣) انظر: كتاب مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح (٣/٢٤٦) مسألة رقم (١٧٤٢)، وأيضاً (١/٢٨٧) مسألة رقم (٢٣١).

(٤) هو: أبو علي الحسن بن ثواب، الثعلبي، بغدادي، ثقة، كان له بالإمام أحمد أنس شديد توفي سنة (٢٦٨هـ).

(٥) سبق تخريجه.

(٦) سبق تخريجه.

يجعل الربح لليتيم والضمان عليه، هذا معروف عن ابن عمر[١].

وعن أبي الحارث أن أحمد قيل له: فإن أودعته ألف درهم على أن يدفعها إلى آخر في بلد آخر، فاشترى بها متاعاً للتجارة قال: الربح لصاحب المال.

وعن حرب بن إسماعيل قال: سألت أحمد قلت: الرجل يستودع الدراهم يعمل بها فربح قال: الربح لرب المال[٢].

وعن عبد الله قال: قيل لأبي وأنا أسمع رجل استودع دراهم فعمل بها وربح؟ قال: الربح لرب المال[٣].

وعن إسحاق بن منصور[٤]: أنه قال لأبي عبد الله: إذا استودع الرجل مالاً فباع لنفسه وربح لمن الربح؟ قال: لصاحب المال على حديث عروة البارقي[٥].

وبذلك قال أبو قلابة وعطاء ونافع[٦] والشافعي في قول وإسحاق.

وعن أحمد[٧] من رواية حنبل: ليس لواحدٍ منهما ويتصدق به. ذكرناه عنه في مسألة الربح[٨].

وهو قول مجاهد ونقله ابن المنذر عن الشعبي[٩]. وهذا من أحمد

---

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب في الرجل توجد عنده الوديعة فيعمل بها لمن يكون ربحها؟ كتاب البيوع (٣٩٣/٤).

(٢) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٤١٥/١)، إلا أنه لم ينسب له.

(٣) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله (٩٨٣/٣) مسألة رقم (١٣٤٠).

(٤) انظر: مسائل أحمد وإسحاق بن راهويه برواية الكوسج ص(٢٦٩) مسألة رقم (١١٦).

(٥) حديث عروة البارقي سبق تخريجه، وقد أخرجه البخاري، وأبو داود، وابن ماجه، والترمذي، والإمام أحمد.

(٦) قول أبو قلابة ونافع ذكره ابن قدامة في المغني (١٦٢/٧)، الإشراف لابن المنذر (١٧٣/٢)، ذكر قول أبو قلابة ونافع وأبو إسحاق.

(٧) انظر: المغني (١٦٢/٧)، والإنصاف (٢٠٩/٦).

(٨) سبق ذكره.

(٩) قول الشعبي ذكره ابن قدامة في المغني (١٦٢/٧) وقول مجاهد في مصنف ابن أبي شيبة =

مقتضٍ لبطلان العقد؛ لأن الصحة مفيدة للملك فيدل انتفاؤه، وذلك وفق المذهب المختار في تصرف الغاصب، وهو أقوى[١].

وعن شريح، والحسن[٢]، والشعبي، ويحيى الأنصاري[٣]، وربيعة[٤]، وغيرهم الربح للمودع وبه يقول أبو حنيفة[٥]، وأبو يوسف، وزفر، ومحمد بن الحسن، والثوري، والأوزاعي، والليث، لكن أوجب أبو حنيفة، وزفر، وابن الحسن الصدقة به وقال الأوزاعي: الأسلم الصدقة.

وعن الثوري: التنزه عنه أحب إليَّ، وقد تقدم[٦] استدلالهم بأن **«الخراج بالضمان»** والكلام فيه. وأما توجيه الأول، فقد ذكرنا في رواية ابن ثواب[٧] وأبي طالب[٨] استدلال أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ بخبر عروة بن الجعد[٩]. وذكرنا ما في الاستدلال إلى مسألة الربح وقد قدمنا هناك[١٠]

= كتاب البيوع باب في الرجل عنده الوديعة فيعمل بها لمن يكون ربحها (٣٩٣/٤) الإشراف (١٧٣/٢، ١٣٨).

(١) انظر: الإنصاف (٢٠٩/٦).

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في باب الرجل تكون عنده الوديعة . .من كتاب البيوع (٣٩٣/٤).

(٣) هو: يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري أبو سعيد المدني القاضي ثقة ثبت مات سنة (١٤٤هـ) أو بعدها. انظر: التقريب (٣٧٦)، والتهذيب (١١/ ١٩٤).

(٤) هو: ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن فروخ التيمي مولاهم أبو عثمان المدني المعروف بربيعة الرأي ثقة فقيه مشهور مات سنة (١٣٦هـ). انظر: التقريب ص(١٠٢).

(٥) انظر المبسوط (١١/ ٧٧)، وبدائع الصنائع (١٥٣/٧)، الجامع الصغير (٤٦٦). ملحوظة: قول شريح والحسن والشعبي ويحيى الأنصاري وربيعة والنوزي ذكره في الإشراف (١٧٣/٢).

(٦) سبق ذكره.

(٧) رواية ابن ثواب سبق ذكرها.

(٨) رواية أبي طالب سبق ذكرها.

(٩) سبق ذكره.

(١٠) سبق ذكره.

قول ابن عمر وهو نص في المسألة وأنه نماء الملك فيتبعه كالسمن ثم يجري فيه كل ما قدمنا[١] من حكم العقد في العين أو الذمة وما ترتب على ذلك على ما فصل من غير فرق.

فصل

وإن قارض بالمغصوب، أو الوديعة: فالربح على ما تقدم. ولا شيء للعامل على المالك؛ لانتفاء الإذن منه. وإن علم الغصب - أعني: العامل - فلا شيء له على الغاصب أيضاً؛ لاعتدائه بالعمل ولكونه غير مغرور، وإن جهل الغصب ثبت له أجرة المثل على الغاصب لدخوله معه على العوض فوجب كما في العقد الفاسد[٢].

المسألة الثالثة:

إيجار الغاصب للمغصوب. وفي بطلانه ما مر في مسألة البيع. وأما الأجرة، فالمنصوص هي للمالك[٣].

قال عبد الله[٤] سألت أبي عن رجل غصب عبداً فاستغله، قال: يرد الغلة، أو غصب مالاً فتجر فيه يرد المال ونصوصه المتقدمة في أن ربح المال للمالك يؤيده وبه قال شريح، ومحمد بن سيرين، وإياس بن معاوية[٥][٦]

(١) سبق ذكره ص(٢١٩)، وما بعدها.
(٢) انظر: المغني (٤٠٠/٧)، والشرح الكبير (٤٤١/٥)، المبدع (١٨٨/٥)، الإنصاف (٢٠٩/٦)ن كشاف القناع (١١٣/٤).
(٣) انظر: المغني (٣٩٧/٧)، الشرح الكبير (٤٤٠/٥)، الإنصاف (٢١٠/٦).
(٤) انظر: مسائل أحمد برواية ابنه عبد الله (٩٩٤/٣) مسألة رقم (١٣٥٦) وأيضاً (٩٨٣/٣) مسألة (١٣٤١).
(٥) هو إياس بن معاوية بن قرة، أبو واثلة البصري، تابعي، ثقة، فقيه، عفيف، توفي سنة (١٢٢هـ). انظر: التهذيب (٣٤١/١)، السير (١٥٥/٥).
(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب في الرجل يشتري العبد فيستغله من كتاب البيوع =

ومالك[١] في رواية، والشافعي[٢] وأشهب، وغيرهم.

وقال آخرون: هي للغاصب[٣] منهم عمر بن عبد العزيز[٤] والنخعي، والحارث، والعكلي[٥] وأبو حنيفة وأصحابه[٦]، ومالك في المشهور[٧]، واحتجوا بأن «**الخراج بالضمان**» وقد مر الكلام فيه[٨]؛ ولأن المنفعة لا تتقوم بدون العقد وقد عقد عليها الغاصب فاستحق البدل حيث جعلها بالعقد مالاً. قالت الحنفية[٩]: ويؤمر بالتصدق بها لحصولها بالسبب الخبيث.

ولنا: أنه عوض المنفعة المملوكة للمالك، فكان له كعوض الأجزاء أو نماء ملكه، فكان له كالحادث من العين ولأن ما قالوه مفض إلى الاغتصاب وأكل المال بالباطل، فوجب انتفاؤه حسماً للمادة. وأما أن المنافع لا تتقوم بدون العقد فغير مسلم[١٠].

وإذا تقرر هذا، فالظاهر من نص أحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن المسمى هو الواجب للمالك، من غير اعتبار أمرٍ آخر[١١].

= (٣٧٢/٤، ٣٧٢).

(١) انظر: التفريع (٢٧٧/٢)، الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٣٠).

(٢) انظر: المهذب (٣٧٠/١)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٤٨/١٤).

(٣) انظر: المغني (٣٩٧).

(٤) هو أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز بن مروان ابن الحكم الأموي أبو حفص القرشي من أجلاء التابعين واسع العلم، ثقة، مأمون، فقيه، عابد، زاهد، ورع توفي سنة (١٠١هـ). انظر: التقريب ص(٢٥٥)، التهذيب (٤١٨/٧).

(٥) هو: الحارث بن يزيد العكلي التيمي، روى عن الشعبي والنخعي، وغيرهما، وهو ثقة، فقيه. انظر: التقريب ص(٦١)، التهذيب (١٤٢).

(٦) انظر: المبسوط (٧٧/١١)، بدائع الصنائع (١٥٣/٧).

(٧) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٣٠)، والتفريع (٢٧٦/٢).

(٨) سبق تخريجه.

(٩) انظر: الجامع الصغير (٤٦٦)، المبسوط (٧٧/١١)، بدائع الصنائع (١٥٣/٧).

(١٠) انظر: المغني (٣٩٧/٧)، والشرح الكبير (٤٤٢/٥).

(١١) انظر: الإنصاف (٢١٠/٦).

وذكر المصنف[١] أن الواجب أجرة المثل وهو الأقوى[٢] لبطلان العقد واستهلاك المنفعة فإن اتحد قدراً فذاك. وإن تفاوتا فأما دون المثل، فتجب التكملة وأما أكثر فالمستأجر معترف به، فإن شاء المالك أخذه لأنه عوض ماله، وإن شاء اقتصر على المثل، وهذا كله نص الشافعي في الأم[٣].

المسألة الرابعة:

أنكح الأمة المغصوبة، ففي البطلان والصحة: ما مر كما في المتن[٤] والتصحيح لا أصل له. فإنه مقتضٍ لنفي اشتراط الولي في النكاح. وهو خلاف المذهب. لكن قد يقرب إجراؤه مجرى الفضولي، فتطرد فيه رواية الانعقاد موقوفاً على إجازة السيد[٥]؛ لأن العقد واقع لغيره فيمر به المقصود في الجملة ـ أعني: الاستمتاع ـ واقعة للغير. وإن ترتب عليه بملك المهر والولد، فإن ذلك واقع تبعاً لا أصلاً لترتبه على ثبوت حق الاستمتاع، فأشبه العاقد للغير بهذا الاعتبار. ولا كذلك البيع والإجارة، فإنه فيهما متصرف لنفسه لتعود عليه ثمرة العقد من ثمن المبيع وأجرة العين، فلا يكون كمن يتصرف لغيره وبالجملة، فالبطلان هو المذهب الصحيح[٦].

كذلك قال القاضي وغيره، وهو مذهب عطاء، وشريح، وحماد، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر اعتباراً

---

(١) انظر: المقنع (٢/٢٥٠)، الإنصاف (٦/٢١٠)
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢١٠).
(٣) انظر: الأم (٣/٢٤٩).
(٤) انظر: المقنع (١/٢٥٠).
(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢١٠).
(٦) انظر: المبدع (٥/١٨٧)، كشاف القناع (٤/١١٢).

باشتراط الدولي في النكاح(١)، كما سنذكر إن شاء الله تعالى في موضعه وهو مفقود ها هنا فيكون باطلاً، وبأنه استباحة فرج على غير الوجه المشروع فيدخل في عموم قول النبي ﷺ: «**من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد**»(٢)، فلا يكون صحيحاً.

وإن قيل بالوقف على الإجارة وهو قول جماعة منهم أبو حنيفة ومالك، وقياس قول الشافعي في القديم(٣)، بالقياس على بيع الفضولي وقد روى عكرمة عن ابن عباس (أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ، فذكرت أن أباها زوَّجها وهي كارهة، فخيَّرها النبي ﷺ) أخرجه أبو داود وابن ماجة في كتابيهما(٤) وإسناده صحيح، فبالقياس عليها رَضِـيَ السيد بجامع الشركة في اعتبار الإذن. وأما أن الولي مفقود ها هنا، فلا نسلمه بدليل التوقف على إجازته، فإنه محقق لوجوده فيصدق كونه نكاحاً بولي نفى أن يقال: هل المعتبر وجود الإذن مقترناً بالعقد أو وجوده في الجملة.

ظاهر النص (الاقتران)(٥) لاقتضاء الباء المصاحبة وتمام التقرير يأتي إن شاء الله في موضعه، فلا يكون الإذن في باقي الحال مؤثراً.

---

(١) قول شريح والأوزاعي والشافعي وإسحاق ذكر في سنن الترمذي (٣٥٤/٢) من كتاب النكاح باب: لا نكاح إلّا بولي.

(٢) أخرجه من حديث عائشة رضي الله عنها البخاري في: باب النجش..، من كتاب البيوع، باب إذا اصطلحوا على صلح.. من كتاب الصلح، وباب إذا اجتهد العامل..، من كتاب الاعتصام، صحيح البخاري (٩١/٣، ١٤١، ١٣٢/٩)، ومسلم، باب نقض الأحكام..، من كتاب الأقضية. صحيح مسلم (١٣٤٣/٣، ١٣٤٤)، وأبو داود، باب لزوم السنة، من كتاب السنة، سنن أبي داود (٥٠٦/٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٤٦/٤).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه كتاب النكاح باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها (٢٣٢/٢) رقم (٢٠٩٦). وابن ماجه في باب من زوج ابنته وهي كارهة من كتاب النكاح سنن ابن ماجه (٦٠٣/١).

(٥) ساقطة من المخطوط وأثبتها من هامش المخطوط.

وأما المنكوحة المعتبر إذنها، فلا يصح اعتبار رضى المولي به لتأكد إذن الولي، حيث لا يسقط بحال ورِضى المنكوحة قد يتخلف لوجود مانع، فلا يصح قياسه عليه في حكم التراخي، والله أعلم.

المسألة الخامسة:

ومما انتظمه الإيراد من التصرفات هبة المغصوب، ففيه الخلاف السابق(١) والصحيح البطلان(٢) على ما مر(٣) وبناه أصحاب الشافعي(٤) على تصرف الفضولي، كما بنى المصنف في الكتاب الكبير(٥)، فأجروا فيه رواية الوقف، والصحيح خلافه كما مر في مثله.

فصل

ومن التصرفات تذكية الحيوان المأكول، وفي إفادتها لحل الأكل روايتان(٦)(٧) أوردهما السامري في كتابه حكاية عن أبي بكر.

أحدهما: هو ميتة، وهو ما قال في التنبيه من غير خلاف ذكره فيه(٨).

قال عبد الله(٩) سمعت أبي يقول: لو أن رجلاً سرق شاة ثم ذبحها فقال: لا يحل أكلها يعني له. قلت: فإن ردها على صاحبها؟ قال:

---

(١) سبق ذكره.
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢١٠).
(٣) سبق ذكره.
(٤) انظر: روضة الطالبين (٦/١٤٦).
(٥) انظر: المغني (٧/٣٩٩)، الشرح الكبير (٥/٤٤٠).
(٦) انظر: الإنصاف (٦/٢١٠)
(٧) هناك روايتان الرواية الثانية سيأتي ذكرها.
(٨) انظر: الإنصاف (٦/٢١٠)، القواعد الفقهية ص(٢٤٦) قاعدة (١٠٢).
(٩) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله (٣/٨٦٦).

لا تؤكل ومثله النص على تحريم ذبيحة المحرم[١] وبهذا قال طاوس وعكرمة لوقوعها على خلاف المشروع فيلغوا عملاً بقول النبي ﷺ: «**من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد**» قياساً على ذبيحة المحرم على أصلنا[٢].

الثانية: الحل[٣]. قال في رواية إسحاق بن منصور ذبيحة السارق لا بأس به. وهو قول الأكثرين[٤] لصدورها من أهلها في محلها وروى يعقوب بن بختان أن أبا عبد الله سئل عن رجل سرق شاة فذبحها تؤكل؟ قال: لا قيل: فإن ردها قال: تؤكل، وهذا صريح في توقف الحل على الرد فيكون التحريم لعارض حق الغير لا لعدم تأثير الذكاة إذا ما كان ذكاته غير مؤثرة لا يحل بحال فالنص إذا على وفق الرواية الثانية. ومثله ما قال مهنا: سألت أحمد عن رجل غصب شاة فذبحها وأهداها إليه فأكلها واستهلكها؟ قال: يضمن. قلت: أي شيء يضمن؟ قال: يضمن قيمتها صحيحة، فيغرم له القيمة صحيحة ومذبوحة يعني ما نقص من ثمنها، ولو حرم أكلها لغرم كمال قيمتها، وتوافق هذه النصوص مفيد لكون الحل اشتهر عنه من الحرمة.

فصل

ومن التصرفات التذكية بالآلة المغصوبة، وكذلك التزوج بالمال المغصوب، وفي كلٍّ منهما خلاف يأتي ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى[٥].

قال: (وإن اختلفا في قيمة المغصوب. أو قدره، أو صناعة فيه

---

(١) انظر: القواعد الفقهية ص(٢٤٦) قاعدة (١٠٢).
(٢) سبق تخريجه.
(٣) انظر: الإنصاف (٢٠١/٦).
(٤) انظر: الإنصاف (٢٠١/٦).
(٥) انظر: الإنصاف (٢٠١/٦).

فالقولُ قولُ الغاصب، وإن اختلفا في رده، أو عيب: فالقول قول المالك)[١].

الجملة في تنازع المالك والغاصب وفيها صور[٢]:

الأول: اختلفا في القيمة بعد التوافق على التلف فقال المالك: ألف وقال الغاصب: خمسمائة ولا بينة، فالقول قول الغاصب عملاً بالبراءة الأصلية من الزيادة وعليه اليمين؛ لأنه منكر[٣].

وإن كان لأحدها بينة بالقيمة عمل بها على ما قال في المغني[٤] فإنه قال: إذا اختلفا في القيمة ولا بينة لأحدهما، فالقول قول الغاصب ومفهومه ما ذكرنا والصحيح: إن شاء الله أن لا أثر لبينة الغاصب ولا سقوط التمكن بها، وهو قول الحنفية[٥]؛ لأن ما يشهد به من القيمة لا يختلفان فيه إنما يختلفان في القدر الزائد وهو إما مسكوت عنه، فلا يفيد انتفاؤه أو منفي فلا يقبل الشهادة بالنفي، وإن شهدت بالصفة ليقومه أهل الخبرة بتلك الصفة[٦].

فذكر أصحابنا: القاضي، وابن عقيل، وصاحب التلخيص، لا يقبل التقويم بذلك وهو الصحيح من مذهب الشافعي[٧].

لأن المتحد صفة قد يختلف قيمة للتفاوت في وصف لا يعبر عنه من ملاحة وخفة روح وحسن منطق. قال في «التلخيص: ويقبل قوله

---

(١) انظر: المقنع (١/٢٥١).
(٢) ذكر الشارح خمس صور، والصور الأخرى سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.
(٣) انظر: المغني (٧/٤٢٠)، الشرح الكبير (٥/٤٤٢)، المبدع (٥/١٨٨)، كشاف القناع (٤/١١٤)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٥، ٨٩٦)، حاشية الروض المربع (٥/٤١٠).
(٤) انظر: المغني (٧/٤٢٠).
(٥) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٣، ١٦٤).
(٦) انظر: المغني (٧/٤٢٠)، الشرح الكبير (٥/٤٤٢).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٤/١١٨)، شرح روض الطالب (٢/٣٤٨، ٣٤٩).

ـ أي: قول الغاصب ـ في كل ما يتناول هذه الصفات. وهو قول بعض الشافعية[١]، وقالت المالكية: يقبل التقويم بالوصف. أورده البراذعي في تهذيبه وقال بعض الشافعية[٢] اعتباراً بالسلم.

وفرق القاضي بأن الواجب في السلم أقل ما يقع عليه الاسم من الأوصاف، فلا يتوقف على وصف لا يدخل تحت التعبير ولا كذلك الغصب، فإن الواجب فيه القدر الفائت بكماله لا أقل ما يقع عليه الاسم، وهذا الذي منعه في الغصب لم يلتزمه صاحب التقريب من الشافعية بل قال: ينزل على أقل الدرجات كما في السلم[٣].

والأجود إن شاء الله اعتبار ما أمكن من التقويم مسنداً إلى الأوصاف؛ إذ ليس كل عين يقوم بها وصف حتى يختلف به العوض فما لم يقم به من ذلك لا تردد في تقويمه بالصفة لانتفاء المانع، وما قام به فما أمكن وجب تقويمه؛ لأنه أقرب إلى الحق واستدراك الظلامة واجب كيف ما أمكن، فإذا شهدت بوصف البياض أو الطول أو الكتابة أو الصناعة أمكن تقويمه كاتباً أو طويلاً أو أبيض من حيث الجملة لا من حيث كونه حسن الكتابة أو مليح الشكل، فإن ذلك قدر زائد على مطلق الوصف، ولا شك أن لكونه كاتباً مثلاً على من ليس كاتباً مزية منضبطة عرفاً، فلا يجوز إلغاؤه مع إمكانه.

وما زاد عن المطلق من الأمور الخفية، فلا يمكن ثبوته فيصدق الغاصب فيما أمكن من مطابقة لذلك مع يمينه؛ لأنه غارم، والله أعلم. فإن أقام المالك شاهداً بالقيمة وآخر بإقرار الغاصب بذلك من قبيل

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١١٨/٤)، شرح روض الطالب (٣٤٨/٢، ٣٤٩)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (٢٨٦/١١).
(٢) انظر: روضة الطالبين (١١٨/٤).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١١٨/٤)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (٢٨٦/١١).

شهادة الواحد على (الفعل)[١].

والآخر على الإقرار والمنصوص جمع الشهادتين وهو اختيار أبي بكر، وعن أكثر الأصحاب عدم الجمع، وبه قال أبو حنيفة[٢]، والشافعي[٣]، وهو الأقوى؛ لأن ما شهد به أحدهما غير ما شهد به الآخر فلا يثبت بالواحد.

الصورة الثانية: اختلفا في الصفة فقال المالك كان كاتباً أو محترفاً وأنكر الغاصب، فالقول قوله[٤] وللشافعية[٥] وجه بالعكس؛ لأن المالك أعرف بحال مملوكه.

ولنا: الأصل البراءة وعدم الكتابة والحرفة ولأنه غارم، وإن أقام المالك بينة بالوصف قبلت حكاه في المغني[٦] وأما القيمة في ذلك فعلى ما تقدم[٧].

الثالثة: قال المالك: كان ألفاً وخمسمائة وقال الغاصب: بل ألفاً فالقول قوله لأنه منكر، والأصل عدم ما زاد على الألف[٨].

الرابعة: اختلفا في العيب فقال الغاصب: كان معيباً، وقال

---

(١) كتبت في المخطوط: «القعل»، والصواب ما قد صححناه في المتن إن شاء الله تعالى.
(٢) انظر: بدائع الصنائع (١٦٤/٧).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١١٨/٤، ١١٩)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٧).
(٤) انظر: المغني (٤٢٠/٧)، الكافي (٤١٣/٢)، الشرح الكبير (٤٤٢/٥)، المبدع (١٨٨/٥)، كشاف القناع (١١٤/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٥/٣، ٨٩٦)، حاشية الروض المربع (٤١٠/٥).
(٥) انظر: المهذب (٣٧٦/١)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٩٤)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٧)، روضة الطالبين (١١٩/٤).
(٦) انظر: المغني (٤٢٠/٧).
(٧) سبق ذكره.
(٨) انظر: الكافي (٤١٣/٢)، الشرح الكبير (٤٤٢/٥)، المبدع (١٨٨/٥)، كشاف القناع (١١٤/٤)، حاشية الروض المربع (٤١٠/٥).

المالك: بل صحيحاً، فالقول قول المالك[١] خلقه كان العيب كالأكمة وعديم اليد وذي الإصبع الزائدة أو طارئاً كا لأقطع والسارق وهو قول الشافعية[٢] في أحد الوجهين.

وفي الآخر المصدَّق الغاصب نظراً إلى البراءة الأصلية لكن الأصح في الطارىء قول المالك وفي الخلقي بخلافه.

ولنا: الأصل إقام السلامة في الطارىء، وعليتها في دعوى الخلقي[٣].

فصل

ولو شاهدنا العبد معيباً فقال الغاصب: تعيب قبل الغصب، وقال المالك: بل بعد. ففي المغني[٤] المصدق الغاصب: وكذا قال المتولي[٥]، وغيره من الشافعية[٦] التفاتاً إلى أصالة البراءة، وعدم اليد على تلك الصفة.

قال شيخنا أبو الفرج بن أبي عمر[٧] في شرحه: ويتخرج أن القول قول المالك، كما لو تبايعا، واختلفا في عيب: هل كان عند البائع،

---

(١) انظر: المغني (٧/٤٢٠)، الكافي (٢/٤١٣)، الشرح الكبير (٥/٤٤٢)، المبدع (٥/١٨٨)، كشاف القناع (٤/١١٤).

(٢) انظر: المهذب (١/٣٧٦)، روضة الطالبين (٤/١١٩)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٩٤)، مغني المحتاج (٢/٢٨٧)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٧).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٢٠)، الشرح الكبير (٥/٤٤٢)، المبدع (٥/١٨٨)، كشاف القناع (٤/١١٤).

(٤) انظر: المغني (٧/٤٢٠).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٤/١١٩)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٨).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤/١١٩).

(٧) هو: شمس الدين عبد الرحمٰن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الصالحي المكني بابن أبي عمر انظر: المقصد الأرشد (٢/٩٩).

أو حدث عند المشتري؟ فإن فيه رواية: القول قول البائع كذلك هذا؛ إذ الأصل السلامة، وتأخر الحدوث عن وقت الغصب[١].

الخامسة: اختلفا في الرد فادعاه الغاصب، وأنكره المالك فالمصدق المالك؛ إذ الأصل عدم الرد ودوام شغل الذمة[٢]، وكذا ما لو اختلفا في رد المثل أو القيمة[٣]، هذا ما في الجملة من الصور ووراءها صور أخرى[٤].

منها: الاختلاف في أصل التلف ادعاه الغاصب وأنكره المالك ففي التلخيص احتمالان[٥].

أحدهما: القول قول الغاصب: وهذا ما جزم به المصنف في كتابيه[٦] ولم يورد سواه. وهو الصحيح من مذهب الشافعي[٧]؛ لأنه أقام البينة عليه فيؤدي إلى تخليده في العقوبة وصدقه يحتمل.

والآخر: القول قول المالك[٨].

وهو وجه للشافعية[٩] وظاهر مذهب أبي حنيفة[١٠]؛ لأنه منكر.

والأصل عدم التلف ولا نسلم الأداء إلى الخلود فإنه يمكن

---

(١) انظر: الشرح الكبير (٥/٤٤٣)، الإنصاف (٦/٢١١).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٢٠)، الشرح الكبير (٥/٤٤٢، ٤٤٣)، المبدع (٥/١٨٨)، الإنصاف (٦/٢١١) كشاف القناع (٤/١١٤)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٦)، حاشية الروض المربع (٥/٤١٠، ٤١١).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٢٠).

(٤) ذكر الشارح عدة صور منها ما يأتي ها هنا ومنها ما سيأتي.

(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢١١).

(٦) انظر: المغني (٧/٤٢٠).

(٧) انظر: المهذب (١/٣٧٦)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٩٤)، مغني المحتاج (٢/٢٨٧، ٢٨٧)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٧).

(٨) انظر: الإنصاف (٦/٢١١).

(٩) انظر: مغنى المحتاج (٢/٢٨٦، ٢٨٧)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٧).

(١٠) انظر: بدائع الصنائع (٧/١٦٣، ١٦٤).

الاكتفاء بحبسه مدة يغلب على الظن أن لو كان في يده لأظهره كما قال أبو حنيفة[١]، وهذا الوجه أقوى من جهة أنه على وفق الأصل والظاهر. أما الأصل فما ذكرنا. وأما الظاهر، فلوقوع العدوان فالتهمة متأكدة في حقه، وإذا قيل بالأول أو حلف الغاصب، فهل للمالك المطالبة بالبدل فيه وجهان أصحهما: نعم، وهو اختيار المصنف[٢]، وصاحب التلخيص[٣]، للعجز عن الوصول إلى العين لليمين، فأشبه العجز للإباق.

والآخر: لا لبقاء المغصوب في زعمه فلا يتعلق حقه بغيره[٤]. وللشافعية[٥] وجهان كالوجهين.

وإن ظهر المغصوب باقياً وجب الرد واسترداد البدل، وبه قال الشافعي[٦]، وقال أبو حنيفة[٧] إن كان القضاء للبينة أو النكول فللغاصب، وإن كان لقول الغاصب فالخيرة إلى المالك، وعن مالك إن علم إخفاؤه وإلا فللغاصب إلا أن يظهر (أفضل)[٨] من تلك الصفة، فيثبت للمالك تمام القيمة.

ولنا: أن الحق متعلق بالعين، ولم يرض بزواله فأشبه ما لو نقص بالقيمة.

ومنها: الاختلاف في ثياب العبد هل هي للمالك أو الغاصب؟

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٦٣/٧).
(٢) انظر: المغني (٤٢٠/٧، ٤٢١).
(٣) انظر: الإنصاف (٢١١/٦).
(٤) انظر: المغني (٤٢١/٧)، الشرح الكبير (٤٤٣/٥)، الإنصاف (٢١١/٦).
(٥) انظر: المهذب (٣٧٦/١)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٩٤)، مغني المحتاج (٢٨٦/٢، ٢٨٧)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٨٧).
(٦) انظر: المهذب (٣٧٦/١)، روضة الطالبين (١١٦/٤).
(٧) انظر: بدائع الصنائع (١٥٢/٧)، تحفة الفقهاء (٩٦/٣)، رؤوس المسائل ص(٣٤٧).
(٨) كتبت في المخطوط: «ابطل»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

فالمصدق الغاصب لأنه وما عليه في يده[١].

ومنها: الاختلاف في استحالة الخمرة ادعاها المغصوب منه وأنكر الغاصب، فالقول قوله لأصالة البراءة وعدم الاستحالة، وهذا على القول بعدم دخولها في ملك الغاصب بالاستحالة[٢].

ومنها: قال المالك كان جديداً قال: بل عتيقاً. فالقول قوله إذ الأصل البراءة من الجديد، ثم للمالك أخذ العتيق؛ لأنه دون ما يدعيه[٣].

ومنها: قال: غصبتني داراً بمصر قال: بل داراً بدمشق فالقول قوله في نفي دار مصر، وأما دار دمشق فإن وافق عليها المدعي ثبت له وإلا فلا لتكذيبه[٤].

ومنها: الاختلاف في زيادة العين، قال المالك: زادت قبل التلف، وقال الغاصب: إنما زادت القيمة بعد التلف، فالقول قوله إذ الأصل البراءة[٥].

فصل

شهد شاهدان بالغصب، واختلفا في التاريخ فقال أحدهما: كان يوم الخميس، وقال الآخر: كان يوم الجمعة فالبينة لم تكمل، لأن الغصب شيء واحد لا يتعدد، فالمغصوب يوم الجمعة غير المغصوب يوم الخميس وإذاً له الحلف مع أحدهما. ويثبت الغصب، وإن شهدا على

---

(١) انظر: الكافي (٢/٤١٣)، الشرح الكبير (٥/٤٤٣)، المبدع (٥/١٨٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٦).

(٢) انظر: الكافي (٢/٤١٤).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٢١)، الكافي (٢/٤١٤) الشرح الكبير (٥/٤٤٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤/١١٩).

(٥) انظر: المغني (٧/٤٢٠)، الشرح الكبير (٥/٤٤٣)، كشاف القناع (٤/١١٤).

الإقرار، واختلفا في تاريخه أعني الإقرار ثبت الغصب ذكره المصنف(١)، وابن عقيل، لأن الإقرار إخبار والإخبار قابل للتعدد فلا أثر لتعدده مع إيجاد المخبر عنه.

لكن لو شهد أحدهما بإقراره أنه غصبه يوم الخميس، والآخر بإقراره أنه غصبه يوم الجمعة لم تكمل البينة لوقوع التغاير في المخبر عنه فهو كالصورة الأولى فيحلف مع أحدهما ويثبت الغصب، ولو حلف الغاصب في هذه الحالة بالطلاق على نفي الغصب لم نوقع طلاقه ذكره في المغني قال: لأن الشاهد واليمين بينة في المال لا في الطلاق(٢) والله أعلم.

قال (وإن بقيت في يده (غصب)(٣) لا يعرف أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان، كاللقطة(٤)(٥)وإذا كان في يده مال حرام لغصب أو سرقة أو خيانة أو ربا أو غير ذلك وجهل أربابه تصدق به عنهم مضموناً عليه(٦).

قال عبد الله: سمعت أبي يسأل عمن في يده من المال الحرام؟ قال: عليه أن ينقده إلى من هو له، فإن لم يعرف صاحبه فإن سبيله الصدقة عن صاحبه، فإن جاء يوماً ضمن ذلك(٧).

---

(١) انظر: المغني (٧/٤٣٤).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٣٤).

(٣) ساقطة من المخطوط وأثبتها من هامش المخطوط ومن المقنع (٢/٢٥١).

(٤) قال الجوهري: لقط الشيء والتقطه: أخذه من الأرض بلا تعب. وقيل هي اسم للمال الملقوط. انظر: الصحاح (٣/١١٥٧)، المطلع (٢٨٢). وشرعاً هي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره، وهي مختصة بغير الحيوان، وتسمى ضالة. انظر: المغني (٨/٢٩٠)، الروض المربع (٣٤٧).

(٥) المقنع (٢/٢٥١، ٢٥٢).

(٦) انظر: الشرح الكبير (٥/٤٤٣)، المبدع (٥/١٨٩)، الإنصاف (٦/٢١٢) كشاف القناع (٤/١١٤)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٦)، حاشية الروض المربع (٥/٤١١،٤١٢).

(٧) انظر: مسائل الإمام برواية ابنه عبد الله (٣/٩٩١) مسألة رقم (١٣٥٠).

وروى أبو الحارث: أنا أبا عبد الله سئل عن من في يده مال حرام لا يعرف أصحابه ولا يقف على أحد منهم؟ قال: يتصدق به عنهم، فإن عرفه بعد ضمنه لهم(١).

وروى صالح عنه في اللصوص يجد السلطان معهم متاعاً لا يعرف له رب يأتي عليه السنون، قال: إذا لم يعرف له رب بيع ويتصدق بثمنه، فإن جاء طالبه بعد غرم له، قلت من يغرم له؟ قال: الذي يتصدق به(٢).

وروينا عن الأثرم قال: سألت أبا عبد الله، وروى محمد بن داود المصيصي أن أبا عبد الله سئل عن رجل أعامله مثل البقال وما أشبهه فيفضل له الحبة أو القيراط(٣) وما أشبه هذا فأفقده، ولا أعرف موضعه؟ قال: فتصدق به عنه، قلت: فإذا عرفت موضعه؟ قيل لي: قد خرج إلى موضع كذا وكذا، قال: إذا عرفت موضعه فهو أشد. قلت: يكون بعض من يعاملنا يفضل له هذا القدر، فيقال: قيد خرج إلى العسكر يصيق على أن لا أخرج إليه حتى أودي إليه، قال: إني لأرجو إذا كان مثل هذا القدر، ثم قال: أردت ان أسافر ولم يجيء قال: أرجو في الشيء الطفيف أن يتصدق به عنه وهذا لفظ الأثرم(٤).

وروى أبو طالب أنه سأله عن رجل له ألف درهم أرباها حتى

---

(١) انظر: القواعد الفقهية لابن رجب (٢٤٠) قاعدة رقم (٩٧)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٦/٣).

(٢) لم أجدها في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح المطبوعة لعلها في الجزء المفقود.

(٣) القيراط أصله قراط لكنه أبدل من أحد المضعفين ياء للتخفيف كما في دينار ونحوه ولهذا يرد في الجمع إلى أصله فيقال: قراريط، قال بعض الحساب، القيراط في لغة اليونان: حبة خرنوب، وهو نصف دانق، والداراهم عندهم: اثنا عشر حبة، والحساب يقسمون الأشياء أربعة وعشرين قيراطاً انظر: المصباح (٦٠٠/ ٦٠١).

(٤) انظر: الفروع (٣٨٤/٤)، الإنصاف (٢١٣/٦)، المبدع (١٨٩/٥).

صارت ألفاً وخمسمائة، قال: إن عرف صاحبها رد الذي أربى إليه، وإن لم يعرف تصدق بخمسمائة.

قال المروزي: قلت لأبي عبد الله: رجل كان أبوه يتعامل بالربا، وقد اجتمع منه مال ورثه كيف ترى له أن يفعل؟ قال: يتصدق بما أربى، قلت: فإن كان لا يعلم كم مقداره؟ ولا أي شيء كان لأبيه إلّا معاملة الربا؟ قال: يتصدق به، قلت: ما تقول في سارق سرق مائة درهم وقطع وقد استهلك السرقة؟ قال عليه أن يرد مائة، قلت: فإن كان الذي أخذ منه قد مات؟ قال: يعطى ورثته، قلت: فإن لم يكن له وارث؟ قال: يتصدق به[١].

كذا: ابن مسعود باللقطة، قلت: يقوم هذا عندك مقام اللقطة؟ قال: لا هو يفعل به كما فعل بن مسعود: لو أن رجلاً في يده مال غير طيب كنا نأمره أن يخرجه من يده؟ قلت: قالوا: «فإن تصدق بها يكون عدالاً يطالب بها في القيمة، قال: ذلك إلى الله لا أدري إلا أنه يجب عليه أن يتصدق بها»[٢].

وروى الحسن بن علي الإسكافي[٣] أن أبا عبد الله سئل عن الرجل يكون له أب كسب مكسباً خبيثاً، ويحلف عليه أن يأكل من طعامه؟ قال: لا يأكل وإن ورث من ماله شيئاً وعرف أصحابه فليرده إليهم، وإن لم يعرفهم فليتصدق به.

وروى أبو الحسن الميموني: عن أبي عبد الله في امرأة لها مائتا

---

(١) انظر: الفروع (٣٨٤/٤)، الإنصاف (٢١٢/٦)، فقد نقلا عن المروذي أنه قال: يعجبني الصدقة بها.

(٢) ما جاء عن ابن مسعود ذكره ابن قدامة في المغني (١٣/ ١٧٢).

(٣) الحسن بن علي الإسكافي أبو علي. ذكره الخلال، وقال عنه: جليل القدر، عنده عن أبي عبد الله مسائل صالحه: كان أغرب فيها على أصحابه. انظر: المقصد الأرشد (٣٢٧/١).

درهم، وتأخذه من الزكاة، فورثها ابن لها؟ قال: ينظر إلى ما صار إليها من الزكاة فيتصدق به. قلت: وكيف؟ قال: لأنه إذا كان لها خمسون درهماً أو قيمتها من الذهب لم يكن لها أن تقبل من الزكاة.

وقال عبد الله: سألت أبي عن رجل مات وترك مالاً كان يبايع الناس فيمدح ما يبيع ويذم ما يشتري؟ قال: ينبغي للوارث إن كان يعلم أحداً من أولئك أن يرد إليه، وإن لم يعرف أحداً يتصدق عنه ويخفف عن ميته بالصدقة(١).

وسأل صالح أباه عن رجل اشترى خمسمائة آجرٍ، فقيل له: أنه من آجر النواويس قال: لا إنما جئتك بآجر وجدناه في الصحراء، قال: إن استيقن أنه باعه ما لا يملك، فعليه أن يرده إلى ألى أربابه، وإن كان لا يعرف له أرباباً فأرجو أن يخرج قيمة الآجر فيتصدق، وأن ينجو من إثمه(٢)(٣).

وعن المروزي قال: سألت أبا عبد الله عن امرأة كانت تجري على أخرى وتصلها وذكرت المرأة شيئاً ردياً وقد اجتمع عندها منه شيء وليس لها مال غيره، وقد أمرت أن يتصدق به، ولعلها إن أخرجته احتاجت إلى المسألة، قال: زوج المرأة حيّ؟ قلت: قد مات، قال: أرى أن يتصدق به وتسأل.

وقال أيضاً: قلت لأبي عبد الله إن أبا معاوية الأسود(٤) قال له - يعني: لفضيل بن عياض(٥) -: معي شيء - يعني: من الوجه الذي

(١) انظر: مسائل الإمام برواية ابنه عبد الله (٩٦٥/٣) مسألة رقم (١٣١٢).
(٢) لم أجدها في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح المطبوعة لعلها في الجزء المفقود.
(٣) أيضاً في القواعد الفقهية لابن رجب (٢٤١، ٢٤٢)، كشاف القناع (١١٥/٤)، شرح الإردات (٨٩٧/٣).
(٤) هو: أبو معاوية الأسود بالبحث في كتب المراجع لم أعثر له على ترجمة.
(٥) هو: الفضيل بن عياض بن مسعود التيمي أبو على الزاهد المشهور الخرساني المكي، =

لا ترضاه ـ فأي شيء ترى أن أصنع له؟ قال: اقعد في (. . .)[١] وأنت خذه، فاقذفه في جوفه ـ يعني: البحر ـ، فتبسم أبو عبد الله، وقال: يعجبني أن يتصدق إذا تصدق به، فأي شيء بقي.

وممن قال بالصدقة الحسن، وعطاء، ومجاهد، والنخعي، ويقتضيه قول القائلين بالمتصدق باللقطة ومنهم سعيد بن المسيب، والشعبي[٢]، وعكرمة، وطاوس، والحسن بن صالح[٣]، وأبو حنيفة، ومالك، والثوري.

وأصلنا فيه ما روينا عن عبد الله بن حسن الأودي[٤] عن عبد الله بن عمر في رجل هلك وعليه دين لا يعرف صاحب الدين؟ فأمر أن يتصدق عنه بذلك الدين إسناده جيد.

وروى عامر بن شفيق[٥] عن أبي وائل[٦] قال: (**اشترى عبد الله يعني بن مسعود جارية بسبعمائة درهم فغاب صاحبها فعرَّفها سنة أو قال**

= ثقة عابد إمام، توفي سنة (١٨٧هـ) وقيل قبلها. انظر: التقريب ص(٢٧٧)، التهذيب (٢٦٤/٨).

(١) في هذا الموضع كلمة لم اتمكن من معرفتها رسمها هكذا (حلن).

(٢) قول سعيد بن المسيب والشعبي نقله ابن أبي شيبة في مصنفه (٤١٤/٤، ٤١٥).

(٣) هو: الحسن بن صالح بن حي، الإمام الكبير، أحد الأعلام، أبو عبد الله الهمداني الثوري الكوفي، مات سنة (١٦٩هـ) . انظر: السير (٣٦١/٧، ٣٦٢)، التهذيب (٤١٨/٢، ٢٥١).

(٤) هو: عبد الله بن حسن بن عبد الرحمٰن الأودي أبو محمد الكوفي، ثقة فقيه عابد، مات سنة (١٩٢هـ).
انظر: التهذيب (١٢٦/٥)، التقريب ص(١٦٧).

(٥) هو: عامر بن شقيق بن جمرة الأسدي الكوفي ذكره ابن حبان في الثقات، وقال النسائي: ليس به بأس، وقال أبو حاتم: ليس بقوي وليس من أبي وائل بسبيل.
انظر: التهذيب (٦٠/٥).

(٦) هو: أبو وائل شقيق بن سلمة الأسدي، الكوفي، مخضرم ثقة مات خلافة عمر بن عبد العزيز وله مائة سنة
انظر: التقريب ص(١٤٧)، والتهذيب (٣١٧).

حولاً ثُمَّ خرج إلى المسجد وجعل يتصدق ويقول: اللَّهمَّ فله، فإن أبى فإليَّ وعليَّ، ثُمَّ قال: هكذا فاصنعوا باللّقطة أو بالضالة)[١]. وقد قال بمثله غير واحد من الصحابة منهم عمر وعلي بن عباس[٢]، وسنورد ذلك في موضعه إن شاء الله.

ولأن الخروج من الحرام واجب والتصدق على ما ذكرنا[٣] أولى الطرق فكان متعيناً، إنما قلنا أولى؛ لأن المال يراد لمصلحة المعاش أو المعاد ومصلحة المعاد أولى المصلحتين، وقد تعينت ها هنا لتعذر الأخرى[٤]، وأيضاً فالتصدق موقوف على رضى المالك وإجازته فهو تخيير له في الحقيقة، فلا يفوت المقصود عليه. وهذا المعنى منتفى في جعله في بيت المال أو دفعه إلى الحاكم؛ لأن المدة تطول بل الغالب عدم تمكن المالك منه لموت أو غيره، فلا يحصل واحدة من المصلحتين. ولربما حضر فلا يحصل له، فيكون مجرد الدفع أو الجعل حيلولة بين المال ومالكه وبين المال ومصلحته بل لو كان عند الحاكم وآل إلى هذه الحالة لوجب التصدق به كما مر[٥] من نصه في اللصوص يجد السلطان معهم متاعاً لا يعرف له رب يأتي عليه السنون، قال: إذا لم يعرف بيع وتصدق بثمنه، فإن جاء طالبه بعد غرم له وكذلك ما يجتمع عنده ـ أعني: الحاكم ـ من الودائع والأموال الضائعة هذا سبيله؛ لأن استيلاءه على مال الغير ثبت لمصلحة الغير هذا عين المصلحة دون حبسه المجرد.

---

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب اللقطة ما يصنع بها؟ من كتاب البيوع (٤١٣/٤).

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب في اللقطة ما يصنع بها؟ من كتاب البيوع (٤١٣/٤، ٤١٤).

(٣) سبق ذكره.

(٤) انظر: كشاف القناع (١١٤/٤).

(٥) سبق ذكره.

وإذا ثبت ذلك، فالرهون والودائع وسائر الأمانات كالأموال المحرمة[١] فيما ذكرنا. قال أبو طالب: سألت أحمد عن رجل عنده رهون لا يعرف صاحبها وقد أتى عليها حين وليس لها طالب، قال: يبيعها ويتصدق بثمنها فإن جاء صاحبها وطلبها أعطاه قيمتها ثم طلب حقه منه[٢].

وقال عبد الله: سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف أصحابها ولا يعرف منازلهم، ولا يعرف من رهن عنده؟ فقال: إذا أيست من معرفتهم ومعرفة ورثتهم أن تباع ويتصدق بثمنها. فإن عرفت بعد أربابها خيرتهم بين الأجرة أو يغرم لهم، وهذا إذا أيست من أصحابها ومن ورثتهم، وهذا الذي أذهب إليه[٣].

وقال أبو الحارث: سمعت أبا عبد الله يقول الرهن رهن أبداً حتَى يجيء صاحبه قيل: فإن أيس من صاحبه؟ قال: يبيعه ويتصق بالفضل، فإن جاء صاحبه كان بالخيار على مثل اللفظ[٤].

وعن المروذي قال قلت لأبي عبد الله فرجل رهن رهناً على درهمين وهو يساوي أربعة منذ ثلاثين سنة، وليس يعرف صاحبه؟ قال: يتصدق به يريد الفضل وهو من مال الراهن، فإن جاء صاحبه خيره. وقال صالح: سألت أبي عن من كانت عنده وديعة فافتقدت صاحبها، قال: ينتظر أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً، فإذا مضت سألت: هل له من ورثة أو عصبة أو رحم؟ فإن لم يكن تصدقت به بعد[٥].

---

(١) انظر: الإنصاف (٢١٢/٦،٢١٣)، كشاف القناع (١١٥/٤).
(٢) انظر: القواعد الفقهية (٢٤٠) قاعدة (٩٧)، المغني (٥٣٥/٦).
(٣) انظر: مسائل الإمام برواية ابنه عبد الله (٩٤٣/٣)مسألة رقم (١٢٧٥).
(٤) انظر: المغني (٥٣٤/٦، ٥٣٥)، الإنصاف (١٨٨/٥)، القواعد الفقهية (٢٤٠).
(٥) لم أجده في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح، فلعلها في الجزء المفقود منها، ونقلها المرداوي في الإنصاف (٢١٣/٦).

ووجه ذلك القياس على ما مر من الآثار في اللفظ بجامع وصف الأمانة ثم لا فرق فيما تقدم من تأدية الواجب بين كونه عيناً أو ديناً وقد مر[١] نصّه في الدين في معاملة البقال، وفي استهلاك السرقة، وقول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما[٢] نص في ذلك؛ ولأن الخروج من الدَّيْن كالخروج من عنده العين (. . . .)[٣] بل أولى؛ لأن ما في الذمة لا يتعين وجوده في الخارج بدون القبض، فربما شحَّت النفس به فيفوت.

فصل

وهذا الذي تقدم ما لو جهل المالك أما إن علم، فحالتان[٤].

إحداهما: انقطاع خبره غيبة: إما ظاهرها السلامة كالتجارة والسياحة. ومخت مدة الإياس، ولا وارث له: تصدق به كما لو جهل. وهذا قد مر[٥] نصه عليه من رواية أبي الحارث في الرهن إن آيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل، وإما ظاهرها الهلاك كالمفقود من بين أهله، أو في مهلكة، أو بين الصفين ونحوه. وكذلك أربع سنين، وأربعة أشهر وعشر ولا وارث تصدق به أيضاً كما قد نص عليه في رواية صالح، وقد مر لأنه في معنى ما تقدم، وإن كان له وارث سلم إليه لاستحقاق الورثة حينئذ[٦]. وأنكر أبو بكر: اشتراط الزيادة على السنن الأربع، فقال: لا معنى للأربعة أشهر في ذلك[٧].

---

(١) سبق ذكره.

(٢) قول عبد الله بن عمر سبق ذكر.

(٣) ما بين القوسين كلمة لم أتمكن من معرفتها لعله يقصد بها: «من المطلوبية».

(٤) الحالة الثانية سيأتي ذكرها.

(٥) سبق ذكره.

(٦) انظر: الإنصاف (٢١٣/٦).

(٧) انظر: الإنصاف (٢١٣/٦).

قال القاضي وغيره، أصل المسألة: هل يقسم مال المفقود للمدة التي تباح زوجته فيها، أو لأربع سنين فقط؟ على روايتين[١]. وذلك يأتي إن شاء الله في ميراث المفقود. وإن لم تمض (المدة)[٢] المعتبرة: ففي المال المحرم يتعين التسليم إلى الحاكم من غير انتظار لانتفاء يده المستحقة، وقيام الحاكم مقام الغائبين في أموالهم. وأما ما اؤتمن عليه كالوديعة والرهن، فليس عليه الدفع إليه[٣]؛ لأنه مأذون له من جهة المالك، فهو به أخص.

الحالة الثانية:

أن يعلم وجوده. فإما غائباً: فيسلم إلى وكيله فيه، وإلا فإلى الحاكم، لما قدمنا. وأما الحاضر، فإليه أو إلى وكيله.

وإن علم موته: فإلى ورثته[٤]، ثم إن أحمد بن أبي عبدة[٥] قال: قيل لأبي عبد الله: إن غصب رجل رجلاً فمات المغصوب وأدّى الغاصب إلى ورثة المغصوب أيخرج من الإثم؟، قال: أما إثم الغصب فلا يخرج منه وقد خرج مما كان أخذ[٦].

وقال حرب: سئل أحمد عن رجل غصب رجلاً شيئاً، فمات المغصوب وله ورثة وندم الغاصب فرد ذلك الشيء على ورثته؟ فذهب

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢١٣).
(٢) ساقطة من المخطوط، وأثبتها.
انظر: الإنصاف ٦/ ٢١٣).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢١٣).
(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢١٣).
(٥) هو: أحمد بن أبي عبدة أبو جعفر الهمذاني، ذكر الخلال: أنه جليل القدر، وكان أحمد يكرمه وكان ورعاً، وكان وفاته قبل وفاة الإمام أحمد. انظر: المقصد الأرشد (١/١٢١).
(٦) انظر: كشاف القناع (٤/١١٥)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٧)، حاشية الروض المربع (٥/٤١٢) إلا أنه لم ينسب له.

إلى أنه قد برئ من إثم ذلك الشيء، ولم يبرأ من إثم الغصب الذي غصب[١].

قال ابن عقيل وغيره: معنى برئ من إثم ذلك: برئ من إثم الحبس وبقى إثم ما أدخل على قلب مالكه من ألم الاغتصاب ومضرة المنع من ملكه مدة حياته، ولا يزول إثم ذلك إلا بالتوبة[٢].

وقياس هذا ما لو سلم إلى المالك لا يبرأ أيضاً من إثم الاغتصاب المتقدم، وما قاله من زوال الإثم بالتوبة في كلام أحمد ما يقتضيه قال: في رواية إبراهيم بن هانىء النيسابوري، وكان من المتخصصين بصحبة أحمد وسأله عن التوبة والإنابة فذكر له فصلاً طويلاً منه. وأما الذي بينه وبين العباد، فالتبعات وهي من وجهين:

أحدهما: عقوق الوالدين، وقطيعة الرحم، وأذى الجار، وسوء صحبة المرأة والمماليك، والإيماء العسم[٣]، والضرب، والغيبة للمسلمين، وقول الزور، وإتيان امرأة ذات بعل، فإن ذلك كله يقتض منه يوم الحساب إن لم يصلحه أيام حياته، ويؤخذ من حسناته فيعطى كل إنسان بقدر طلباتهم وتؤخذ من سيئاتهم فيضم إلى سيئاته.

فالمخرج من ذلك وإصلاحه أن يتحلل ذلك منهم أجمع في حياته ثم يستغفر الله من ذلك أجمع ويتوب إليه منه بينة صادقة يعلم الله صدق ذلك أن لا يعود إلى شيء من ذلك بقوله: ولا فعل وإن ماتوا، فليكثر لهم من الاستغفار مع الندم أرجو أن يكون ذلك كفارة له إذا لم يعد. وإن فجر بامرأة ذات بعل ولم يكن الزوج اطلع على ذلك بعينه، فلا

---

(١) انظر: كشاف القناع (١١٥/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٧/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٢/٥) إلا أنه لم ينسب له.

(٢) انظر: كشاف القناع (١١٥/٤، ١١٦)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٧/٣)، إلا أنه لم ينسبه إليه.

(٣) العسم: الغمزة.

أحب ان يعلم زوجها بذلك بل يستر عليها وعلى نفسه، ويتوب من ذلك أجمع، ويكثر من الاستغفار حتى يعلم الله خالص الندم من قلبه، فإن لم يفعل حقت عليه أنه يحكم الزوج في حسناته، فإن تاب من ذلك توبة نصوحاً رجوت أن يستر الله ﷻ عليه ولا يذهب حسناته.

والوجه الآخر: التبعات من الأموال الخاصة، وهي التي لا بد من ردِّها في الدنيا والآخرة، ليس ينجيه غير ذلك، فإن ماتوا رده على ورثتهم، فإن لم يكن عنده ما يرده عليهم فليتحلل منهم، فإن لم يطيبوا به أنفسهم فليسأل الله من فضله وليكن من نيته أنه إن وصل إلى ذلك يوماً رد عليهم حقوقهم، فإنه إذا قدم على ربه ﷻ بينته تلك وعلى التوبة النصوح أرضى الله ﷻ جميع خصمائه من عنده بما شاء، انتهى.

فنص على تأثير التوبة عدا نفس المال من التبعات وهو القسم الأول، ومعلوم أن ألم الاغتصاب من هذا القسم. ومن هذا ما قال عبد الله: سألت أبي عن رجل اكتسب مالاً من شدة صلاته وتسبيحه يحط عنه ما مأثم ذلك؟ فقال: إن صلى وسبح يريده بذلك فأرجوا[1]. قال الله تعالى: ﴿خَلَطُواْ عَمَلًا صَٰلِحًا وَءَاخَرَ سَيِّئًا﴾ [التوبة: ١٠٢]، وفي التفرقة بين القسمين بحث يذكر إن شاء الله في غير هذا الموضع.

فصل

وإن لم يكن ورثة فالمنصوص التصدق به فلا يكون لبيت المال من ذلك عنه في السرقة المستهلكة من رواية المروذي قال: إن لم يكن له وارث تصدق به، وفي وديعة سألت هل له ورثة أو عصبة أو رحم فإن لم يكن تصق به.

(١) ما جاء عن الإمام عبد الله لم أجده في مسائل الإمام أحمد برواية عبد الله المطبوعة لعله في الجزء المفقود.

وقال حنبل: سمعت أبا عبد الله وسئل عن رجل ظلم قوماً مالاً ثم رجع وتاب، وأراد أن يرد عليهم ما ظلمهم والقوم قد هلكوا ولا وارث لهم ولا يعرف لهم أحداً؟ قال: إذا لم يكن لهم أحد ولم يعرف من أمرهم شيء رأيت أن يتصدق به إذا لم يكن له وراث(١).

وعن محمد بن موسى(٢): أنه سأل أبا عبد الله إذا كانت له مظلمة فمات أدفعها إلى ورثته؟، قال: نعم، فإن لم يكن له ورثة. قال: تصدَّق بها. وهو التفات إلى مصلحة المالك بالصدقة عنه.

فرع

وجعله في الكراع(٣) والسلاح والمصالح يتنزل منزلة الصدقة(٤). قال في رواية إبراهيم بن هانئ: إن أخذ من قوم لا يعرفهم فليتصدق عنهم، أو يجعل ذلك عنهم في الكراع والسلاح ويسبله عنهم في سبيل الله، فإن ذلك رد على المسلمين وأجره مدخر لأصحابه، وإنما كان ذلك لأنه في معني الصدقة أو أرقي(٥).

فصل

وقال في رواية المروذي: في القوم يعطون الشيء فتبينوا أنه ظلم فيه قوم إن لم يعرفوا فرق في ذلك الموضع. قال المروذي: قلت: أليس

---

(١) انظر: القواعد ص(٢٤١) قاعدة رقم (٩٧)، إلا أنه لم ينسب له.

(٢) محمد بن موسى هو: لعله يقصد به ابن مشيش البغدادي، كان يستملي للإمام أحمد، وكان من كبار أصحابه. انظر: طبقات الحنابلة (١/٣٢٣)، المقصد الأرشد (٢/٤٩٥).

(٣) الكراع هو: اسم يجمع الخيل نفسها.
انظر: المطلع (٣٧٧)، الصحاح (٣/١٢٧٦).

(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢١٤).

(٥) انظر: الفروع (٤/٣٨٤)، المبدع (٥/١٨٩)، الإنصاف (٦/٢١٤).

الحجة في أن يفرق على مساكين ذلك الموضع[١] إن عمر بن الخطاب جعل الدية على أهل المكان؛ أي: القرية التي وجد فيها القتيل[٢] فأراه قال: كما أن عليهم الدية كذا يفرق فيهم؛ يعني: إذا ظلم فيه قوم وما يعرفوا. وفيه بحث.

فإن التفرقة إما أن يقصد بها إيصال المال إلى أربابه، فلا اعتبار لمساكين ذلك المكان بل يجب تحري أرباب المال أين كانوا وكيف كانوا، وصفاً وعدداً، فلا يتجاوز عددهم ولا وصفهم، والنص لا يدل عليه بل على خلافه فإنه قيد بمساكينهم. وإما أن يقصد بها الصدقة، فلا بد لأخذ الدية من أولئك اختصاص الصدقة بهم؛ لأن الاختصاص في الدية كان لموضع التهمة، وذلك متخلف فيما نحن فيه والقياس على الزكاة أظهر من قياسه على الدية وعامة نصوصه مطلقاً، كما مرت من غير تقييده، انتهى.

فصل

قال حرب: سئل أحمد عن رجل عنده مظالم لقوم، وأراد أن يتصدق بها عنهم، وله إخوان محاويج قد كان يصلهم، أيجوز له أن يدفعها إليهم؟ فكأنه استحب أن يعطي غيرهم وقال: لا يحابي فيها أحداً.

وفي رواية المروذي: أنه سأل أبا عبد الله عن رجل أصاب مع لصوص دراهم فاشترى بها كساء، وأراد أن يردها فلم يقدر عليهم وله قرابة محتاجون فاشترى بها ثوباً ومقنعة ولم يكن لهم شيء؟ فقال: إن كان على طريق المحاباة فلا يجوز. وإن كان لم يحابهم، فقد تصدق[٣].

---

(١) انظر: الفروع (٣٨٤/٤)، المبدع (١٨٩/٥)، الإنصاف (٢١٢/٦)، كشاف القناع (١٤٤/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٦/٣).

(٢) قول عمر بن الخطاب ذكره ابن رجب في القواعد الفقهية ص(٢٤١).

(٣) انظر: حاشية الروض المربع (٤١٢/٥)، إلا أنه لم ينسب له.

وعن صالح: أنه قال لأبيه: ما تقول في امرأة مسكينة تكون معي في داري، فربما أوتي بشيء للمساكين فأعطيها منه إذا قسمت؟ فقال: لا تحابها وتعطيها كما تعطي غيرها[١].

وقال أحمد بن عبدة: سئل أحمد عن رجل مات وله دين على رجل، فحلل الورثة الرجل لمن الآخر؟ فقال: قد صار ميراثاً للورثة فإذا أدّاه إليهم برئ.

وقال محمد بن الحكم: سئل أبو عبد الله عن رجل له على قوم مال أو أودعهم مالاً ثم مات، فجحدوا الذين في أيديهم الأموال لمن ثواب ذلك المال؟ قال: إن كان أحد ممن عليه أو في يده الوديعة كان قد نوى في حياة من الميت أن لا يؤديها إليه فأجرها للميت، وإن كان هؤلاء جحدوا الورثة، فأجرها للورثة فيما نرى، والله أعلم[٢]

فرع

قال في الإرشاد[٣]: لو مات الغاصب قبل الرد فقال وارثه للمالك هي لك عندي فحلّله، ففعل براءة الغاصب منها قبل قبض المالك وجهان.

فصل

وإذا حضر المالك خُيِّر بين الأجر والتغريم. إن اختار الأجر: فذاك. وإلا فالتغريم والأجر للغارم نص عليه في الرهن[٤] من رواية عبد الله، والمروذي، وأبي الحارث[٥]، وكذلك قال: عمر، وعلي،

(١) لم أجده في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح المصنوع فلعلها في الجزء المفقود.
(٢) انظر: كشاف القناع (١١٥/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٧/٣)، إلا أنهما لم ينسباه.
(٣) انظر: الإرشاد ص(٢٥٩).
(٤) انظر: الإنصاف (٢١٥/٦).
(٥) سبق ذكره.

وابن عباس، رضي الله عنهم في اللقطة[١] كما سيأتي إن شاء الله، وإنما كان الأجر للغارم لأنه المتصدق إذاً، انتهى.

فصل

قول المصنف كاللقطة[٢] الأليق فيه التشبيه بأصل الضمان. لا في مجموع الصدقة والضمان، فإن المذهب في اللقطة التملك لا التصدق، والله تعالى أعلم[٣].

قال: فصل: (ومن أتلف مالاً محترماً[٤] لغيره ضمنه، وإن فتح قفصاً عن طائر، أو حل قيد عبده، أو رباط فرسه، أو وكاء[٥] زق مائع[٦]، أو جامد فأذابته الشمس، أو بقي بعد حله قاعداً فألقته الريح، فاندفق ضمنه، وقال القاضي[٧]: لا يضمن ما ألقته الريح)[٨].

الفصل إلى آخره فيما يضمن به المال من غير غصب. ولا إشكال في أن موجبات الضمان مما عدا الغصب متعددة كالإتلاف، والإستيام[٩]

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في باب في اللقطة ما يصنع بها من كتاب البيوع (٤١٣/٥، ٤١٤).

(٢) انظر: المقنع (٢٥٢/٢).

(٣) انظر: الإنصاف (٢١٤/٦).

(٤) مالاً محترم: خرج بالمال نحو سرجين وكلب وبالمحترم: نحو صنم وصليب وآلات لهو وسيأتي عند الشارح بعد قليل. المال المحترم: مثل السيارة، والدار، والدابة والعبد.

(٥) وكاء: بكسر الواو، وهو الحبل الذي يربط به الوعاء كالقربة ونحوها. انظر: المطلع على ألفاظ المقنع (٢٧٦).

(٦) زِقّ: بكسر الزاي: السقاء ونحوه من الظروف. انظر: الصحاح (١٤٩١/٤)، المطلع (٢٧٧).

(٧) انظر: المقنع (٢٥٢/٢)، المبدع (١٩١/٥)، الإنصاف (٢٢٠/٦).

(٨) انظر: المقنع (٢٥٢/٢).

(٩) الإستيام هو: السوم: عرض السلعة على البيع.

=

والاستعارة عند من رآها مضمونة والأول مقصود الفصل وهو منقسم إلى مباشرة وتسبب، وإن كان الثاني هو أكبر الفصل لمسيس الحاجة إلى بيانه ودون الأول؛ إذ المباشرة ظاهرة كالأكل والإحراق والقتل وسائر صور الإعدام[١].

وقوله: (أتلف مالاً محترماً لغيره ضمنه)، المراد به السبب، ثم إن من المعلوم أن ما ليس مالاً كالكلب، والسرجين[٢] لا يدخل تحت الضمان لأنه (....)[٣] لا يقابل بمال، وفي قيد الاحترام احتراز عن مال الحربي، وخمرة الذمي، والعبد المحارب، وآلة اللهو، ونحو ذلك.

وقوله لغيره احتراز من مال نفسه، فإن الضمان لا يجب على من له الضمان، ثم ما وجب تضمينه بالمباشرة صلح تضمينه بالسبب بلا خلاف. وإذا علمت ما ذكرنا، فإطلاقهم الإتلاف مباشرة وتسبباً متناول لحالتي العمد والخطأ؛ إذ لا مزية لواحد منهما على الآخر في ذلك من غير خلاف علمته[٤].

وقد استدل عليه بقول الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم

= قال الجوهري: السوم في المبايعة، يقال منه: ساومته سواماً. واستام عليّ، وتساومنا. يقال استَمْتُ عليه بسلعتي استياماً إذا كنت تذكر ثمنها. ويقال: استام مني بسلعتي استياماً إذا كان هو العارض عليك الثمن. انظر: لسان العرب (١٢/ ٣١٠)، المصباح المبير (٣٥١)، الصحاح (١٩٤٧/٥).

(١) انظر: الكافي (٤١١/٢)، الشرح الكبير (٤٤٤/٥)، المبدع (١٩٠/٥، ١٩١)، كشاف القناع (١١٦/٤، ١١٧)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٨/٣، ٨٩٩)، حاشية الروض المربع (٤١٣/٥).

(٢) السرجين: هو الزبْل. يقال له سرجين، وسرجين بفتح السين وكسرها. انظر: الصحاح (٢١٣٥/٥)، المطلع (٢٢٩).

(٣) في هذا الموضع زيادة هي (لانه).

(٤) انظر: المبدع (١٩٠/٥)، كشاف القناع (١١٦/٤)، شرح منتهى الإيرادات (٨٩٧/٣، ٨٩٨)، حاشية الروض المربع (٤١٣/٥).

بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وبقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦]، ويقول النبي ﷺ: «**لا يحل مال امرىء مسلم. إلا عن طيب نفسٍ منه**»(١).

وبقوله عليه الصلاة والسلام: «**إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام**»(٢)، فقرن ﷺ بين الدماء والأموال في الحرمة.

وقد فرض الله تعالى ضمان الدية في قتل الخطأ، فليكن المال في الخطأ مضموناً بالبدل تسوية بينهما..

ومن الدليل في العمد: ما مر في مسائل المثل من حديث القصعة(٣)، وقول عائشة: يارسول الله! ما كفارة ما صنعت؟ قال: «**إناء مثل إناء وطعام مثل طعام**»(٤)؛ ولأنه فوته فوجب البدل كما لو فات تحت يده العادية إذا نجز هذا، ففي المتن مسائل(٥).

الأولى: وجوب الضمان بمباشرة الإتلاف كالتحريق، والتغريق والتكسير عمداً، أو يظن أنه ملكه، أو لسقوطه عليه نائماً أو متردياً ونحو

---

(١) أخرجه الإمام أحمد عن أبي حرة الرقاشي عن عمه في المسند (٥/٧٢)، والدارقطني، في كتاب البيوع. سنن الدارقطني (٣/٢٦).

(٢) أخرجه البخاري في: باب قول النبيﷺ: «**رب مبلغ أوعى من سامع**»، من كتاب العلم، وفي باب الخطبة أيام منى، من كتاب الحج، وفي: باب من قال: الأضحى يوم النحر، من كتاب الأضاحي، وفي باب ظهر المؤمن حمى إلا في حد أو حق، من كتاب الحدود، وفي باب: قول النبيﷺ: لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض، من كتاب الفتن، وفي باب: قول الله تعالى: ﴿وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاضِرَةٌ ﴿٢٢﴾ إِلَىٰ رَبِّهَا نَاظِرَةٌ ﴿٢٣﴾﴾ [القيامة: ٢٢، ٢٣] من كتاب التوحيد. صحيح البخاري (١/٢٦، ٢/ ٢١٥، ٢٦١، ٧/١٢٩، ١٣٠، ٨/١٩٨، ٩/ ٦٣، ١٦٣).

(٣) قد تقدم تخريجه.

(٤) قد تقدم تخريجه.

(٥) ذكر الشارح أربع مسائل: المسألة الأولى والثانية ها هنا والمسألة الثالثة والرابعة سيأتي ذكرها.

ذلك[١]، لما ذكرنا[٢].

الثانية: فتح قفص طائر، أو فك قيد عبد غافل أو مجنون، أو حل شكال[٣] دابة، فطار الطائر، وأبق العبد، وشردت الدابة فعليه الضمان في الكل[٤] سواء تعقبت هذه الأمور أسبابها، أو تراخت عنها، وسواء أنفر أو لم ينفر؟ لا يختلف أهل المذهب في ذلك[٥].

وينقل عن مالك[٦]، والشافعي[٧] في أحد أقواله، واختاره من أتباعه غير واحد منهم الروياني[٨]، وأبو خلف السلمي[٩][١٠]، وعن

---

(١) انظر: الكافي (٤١١/٢)، الشرح الكبير (٤٤٤/٥)، المبدع (١٨٩/٥)، الإنصاف (٢١٦/٦)، كشاف القناع (١١٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٧/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٣/٥، ٤١٤).

(٢) سبق ذكرها.

(٣) شكال: حبل يجعل بين التصدير والحقب، كي لا يدنو الحقب من الثيل. يقال أيضاً: بالفرس شكال وهو أن تكون ثلاث قوائم محجلة وواحدة مطلقة، شبه بالشكال وهو العقال. أو تكون الثلاث مطلقة ورجل محجلة، وقيل لا يكون الشكال إلا في الرجل ولا يكون في اليد. انظر: الصحاح (١٧٣٦/٥، ١٧٣٧).

(٤) انظر: الإفصاح (٣٢/٢)، المغني (٤٣٠/٧)، الكافي (٤١١/٢)، المحرر (٣٦٣/١)، الشرح الكبير (٤٤٤/٥)، المبدع (١٩٠/٥)، الإنصاف (٢١٨/٦)، كشاف القناع (١١٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٨/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٣/٥، ٤١٤).

(٥) انظر: الإنصاف (٢١٨/٦)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٨/٣).

(٦) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١٣٧/٤)، الخرشي (١٣٢/٦)، الشرح الصغير على أقرب المسالك (٥٨٧، ٥٨٨).

(٧) انظرك المهذب (٣٧٤/١)، فتح العزيز (١١/ ٢٤٥، ٢٤٦)، روضة الطالبين (٩٥/٤، ٩٦)، شرح روض الطالب (٣٣٨/٢)، مغني المحتاج (٢٧٨/٢)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٨٨)، المسائل الفقهية التي انفرد بها الإمام الشافعي (١٥٤).

(٨) الروياني هو: القاضي العلامة، فخر الإسلام، شيخ الشافعية، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد الروياني، الطبري الشافعي، توفي سنة (٥٠٤هـ). انظر: العبر (٥٤/٤)، السير (١٩/ ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٣).

(٩) أبو خلف السلمي هو محمد بن عبد الملك بن خلف توفي سنة (٤٧٧هـ). انظر: طبقات الشافعية (١٧٩/٤)، طبقات بن هداية الله ص(١٥٩).

(١٠) انظر: فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٤٦).

أبي حنيفة[١] والشافعي في القديم[٢] لا يضمن؛ لأن للعبد والحيوان قصداً واختياراً، وأما العبد فظاهر، وأما الحيوان فيدرك ما ينفعه فيقصده وما يهلكه فيتوقاه والاختيار قاطع لحكم السبب، والأظهر من مذهب الشافعي إن يعقب ذهاب الحيوان السبب ضمن، وإلا فلان والعبد المجنون كذلك. وأما العاقل، فإن كان آبقاً فلأصحابه اختلاف فيه، وإلا فلا ضمان بحال، وأصل ذلك كله تحقيق الحيلولة بين السبب والمسبب بالمباشرة.

ولنا: أن الذهاب نشأ عن فعله فضمن، كحافر البئر، وواضع الحجر بالطريق أولى؛ لأن ذلك يقصد به الذهاب عادة، ولا سيما الطائر لانطباعه على الانفساح، فهو (كالمائع)[٣] في مظروف الزق حيث يسيل بالشق، وكنقل التعاليق حيث يسقط بقطع علائقها. وأما القيد، فأمارة ظاهرة على الإباق ففكه كالفتح عن الطائر فيما ذكرنا[٤] من معنى الانطباع؛ ولأن الإتلاف تركب من فعل آدمي وغيره فوجب إضافة الحكم إلى الآدمي، كما لو زجر كلباً منفلتاً على إنسان فجرحه، فإنه يضمنه ومنه ما لو أشلا كلباً قد استرسل فصاد صيداً لحل، ولو لم يشله لحرم، وإنما كان كذلك لأن ما عدا الآدمي لا يمكن إحالة الحكم عليه فوجوده كعدمه، وفيه جواب ما أوردوا من المباشرة[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (١٦٦/٧)، حاشية ابن عابدين (٢١٢/٦).

(٢) انظر: المهذب (٣٧٤/١)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٤٥، ٢٤٦)، روضة الطالبين (٩٥/٤، ٩٦)، شرح روض الطالب (٣٣٨/٢، ٣٣٩)، مغني المحتاج (٢٧٨/٢)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٨٨/١٤، ٢٨٩)، المسائل التي انفرد بها الإمام الشافعي (١٥٤).

(٣) في المخطوط: «كالما نعيد»، ولعل الصواب ما قد أثبته في المتن.

(٤) سبق ذكره.

(٥) انظر: المغني (٤٣١/٧)، الشرح الكبير (٤٤٤/٥، ٤٤٥).

فصل

حل قيد أسير فأفلت فكما مر في العبد[(١)] أورده المصنف[(٢)]، وكذا ما لو فتح الإصطبل[(٣)] فضاعت الدابة، وما لو حل رباط سفينة فغرقت.

وسواء كان لعصوف ريح أو لا[(٤)] وعلى قول القاضي[(٥)]: لا يضمن للعصوف، وهو مذهب الشافعي[(٦)]؛ لأن الغرق غير مسبب عن فعله.

ولنا: الحادث عن صالح للحوالة فوجب إلغاؤه. وفي التخليص، وفصول ابن عقيل، لو دفع إلى المقيد مبرداً فبرد القيد وأبق؟ احتمل أن يضمن كما لو حل قيده تنزيلاً للسبب منزلة المباشرة، واحتمل أن لا؛ إذ كسر القيد فعل للعبد وهو مباشرة فقُدِّم على السبب، وكان كدفع المفتاح إلى السارق[(٧)].

ولو كانت الدابة المحلولة عقوراً[(٨)] فجنت: ضمن جنايتها. ذكره

---

(١) سبق ذكره.
(٢) انظر: المقنع (٢٥٢/٢).
(٣) في المخطوط كلمة الإصطبل بالسين فقال الإسطبل وفي الإنصاف (٢١٩/٦)، وكشاف القناع (١١٧/٤): الإصطبل بالصاد وهو الصواب. والإصطبل: بكسر الهمزة وهي همزة قطع أصلية، وسائر حروفها أصلية وهو بيت الخيل ونحوها، قال أبو عمرو: ليس من كلام العرب. انظر: المطلع (٢٧٣)، ولسان العرب (١١/ ١٨).
(٤) انظر: المغني (٤٣١/٧، ٤٣٢)، الكافي (٤١١/٢)، الشرح الكبير (٤٤٤/٥)، الإنصاف (٢١٩/٦)، كشاف القناع (١١٧/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٨/٣).
(٥) انظر: الإنصاف (٢١٩/٦).
(٦) انظر: المهذب (٣٧٥/١)، فتح العزيز (١١/ ٢٤٥)، شرح روضة الطالبين (٤٣٧٧، ٣٣٨)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٨٧).
(٧) انظر: الفروع (٣٨٦/٤)، الإنصاف (٢١٨/٦، ٢١٩).
(٨) عقوراً هو مبالغة في عاقر اسم فاعل عقر، قال أبو السعادات: والعقور: كالسبع يعقر، أي: يجرح ويقتل ويفترس. انظر: الصحاح (٧٥٣/٢)، المطلع على ألفاظ المقنع (٢٧٧).

ابن عقيل، وغيره[١]. لأنه أثر فعله فكما لو حل سلسلة فهدٍ، أو ساجور كلب: فعقر[٢].

وإن أفسدت زرع إنسان، فكإفساد دابة نفسه[٣] على ما سيأتي[٤].

ولو وثبت هرة على الطائر بعد الفتح: ضمنه[٥]،لأن الفتح سبب ولم يتحلل ما يحال عليه.

وكذا لو كسر الطائر في خروجه قارورة: ضمنها؛ لأن فعل الطائر منسوب إليه فوجب الضمان عليه[٦].

فصل

وإن استقر الطائر أو الدابة بعد الفتح والحل فَنَفَّرَهما آخر: فالضمان على المنفِّر لأنه مباشر والأول متسبب فَقُدِّم عليه كالحافز مع الدافع[٧].

ولو سقط طائر غيره على جدارٍ، فَنفَّره، لم يضمن، ذكره في كتابيه[٨]، وهو مذهب الشافعي[٩] وغيره لأنه ممتنع من قبل فلا أثر لتنفيره.

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢١٩).

(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢١٩)، كشاف القناع (٤/١١٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٨).

(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢١٩)، كشاف القناع (٤/١١٨).

(٤) سيأتي ذكره إن شاء الله في جنايات البهائم.

(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢١٩).

(٦) انظر: الإنصاف (٦/٢١٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٨)، حاشية الروض المربع (٥/٤١٤).

(٧)» انظر: المغني (٧/٤٣١)، الكافي (٢/٤١١)، الشرح الكبير (٥/٤٤٤، ٤٤٥)، المبدع (٥/١٩٠)، الإنصاف (٦/٢١٨)، كشاف القناع (٤/١١٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٩).

(٨) انظر: المغني (٧/٤٣١)، الكافي (٢/٤١١).

(٩) انظر: المهذب (١/٣٧٥)، فتح العزيز (١١/ ٢٤٧)، روضة الطالبين (٤/٩٦)، شرح =

وإن رماه فمات: ضمنه، سواء هواء داره وغيره، لأنه ليس له منع الطائر من هواء داره[١].

المسألة الثالثة:

حل زقاً عن مائع، فاندفق: عليه الضمان، لأن التلف مسبب عن فعله[٢] وسواء خروجه دفعة واحدة، أو شيئاً فشيئاً، أو خروج شيء منه (. . .)[٣]ببلل أسفله فيسقط، أو يثقل أحد جانبيه فيميل إلى أن سقط، لاستوى ذلك كله في التلف المسبب[٤].

وكذا لو كان منتصباً فسقط بريح، أو زلزلة أو طائر. وإليه (مال)[٥] المصنف[٦] وأبو الخطاب وغيرهما[٧] وهو قول مالك[٨] فيما قيل، وعن القاضي[٩] وابن عقيل[١٠]: لا يضمن. وهو اختيار صاحب التلخيص[١١]، وقول الشافعي[١٢] لأن التلف لم يحصل بفعله، ولأن الفعل يقصد به

= روض الطالب (٢/٣٣٩)، مغني المحتاج (٢/٢٧٩) تكملة المجموع (١٤/ ٢٩٠).

(١) انظر: المغني (٧/٤٣١)، الكافي (٢/٤١١، ٤١٢)، الشرح الكبير (٥/٤٤٥)،كشاف القناع (٤/١١٨).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٣١)، الكافي (٢/٤١٢)، الشرح الكبير (٥/٤٤٥)، المبدع (٥/١٩١)، الإنصاف (٦/٢١٩)، حاشية الروض المربع (٥/٤١٣، ٤١٤).

(٣) في المخطوط زيادة في هذا الموضع وهي: «أو خروج شيء منه» .

(٤) انظر: المغني (٧/٤٣١)، الشرح الكبير (٥/٤٤٥)، كشاف القناع (٤/١١٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٨).

(٥) في ما بين القوسين زيادة لازمة ليستقيم المعنى.

(٦) انظر: المغني (٧/٤٣١)، الإنصاف (٦/٢١٩)، المقنع (٢/٢٥٢).

(٧) انظر: الهداية لأبي الخطاب (١/١٩٦)، الإنصاف (٦/٢١٩).

(٨) انظر: بداية المجتهد (٤/١٣٧).

(٩) انظر: المغني (٧/٤٣١)، الكافي (٢/٤١٢)، الشرح الكبير (٥/٤٤٥)، الفروع (٤/٣٨٧)، المبدع (٥/١٩١)، الإنصاف (٦/٢٢٠).

(١٠) انظر: تصحيح الفروع (٤/٣٨٧)، والإنصاف (٦/٢٢٠).

(١١) انظر: تصحيح الفروع (٤/٣٨٧)، والإنصاف (٦/٢٢٠).

(١٢) انظر: المهذب (١/٣٧٥)، فتح العزيز مطبوع مع المجموع (١١/ ٢٤٤)، روضة =

حصول ذلك العارض وغاية الفعل السببية والحادث مباشرة، فيسقط به السبب كالدافع مع الحافز.

ولنا: أن الفعل لولاه لما حصل التلف بالسقوط (والثابت)[١] لا يصح للحوالة، فضمن كما في تعقب التلف والجراحة السارية لحر أو برد، ولو أسقطه إنسان ضمن دون الأول لإمكان الحوالة عليه فقطع لما قبله ولو أنه لما حل أحد ما فيه في الخروج ثم نكس آخر فاندفق فضمان ما قبل التنكيس على الأول بغير إشكال وما بعده على الثاني فقط لمباشرته فهو كالذابح مع الجارح[٢]، وفي الكافي[٣] احتمال بمشاركة الأول للثاني فيه لأن كلاً من الفعلين ملجئ فهو كالجارحين، وللشافعية[٤] وجهان كالوجهين أصحهما الأول.

المسألة الرابعة:

حل زقاً عن جامد، فذاب بشروق الشمس عليه واندفق، فعليه الضمان[٥] وافق عليه القاضي[٦] وصاحب التلخيص[٧] والشافعية[٨] في

= الطالبين (٤/٩٤)، شرح روض الطالب (٢/٣٣٧)، معني المحتاج (٢/٢٧٨) تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٨٦).

(١) كتب في المخطوط: «والفاصل»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(٢) انظر: المغني (٧/٤٣١)، الكافي (٢/٤١٢)، الشرح الكبير (٥/٤٤٥).

(٣) انظر: الكافي (٢/٤١٢).

(٤) انظر: المهذب (١/٣٧٥)، روضة الطالبين (٤/٩٤)، فتح العزيز (١١/ ٢٤٤)، المجموع شرح المهذب (١٤/ ٢٨٧).

(٥) انظر: المغني (٧/٤٣١)، الكافي (٢/٤١٢)، الشرح الكبير (٥/٤٤٥)، الفروع (٤/٣٨٧)، المبدع (٥/١٩١)، الإنصاف (٦/٢٢٠)، كشاف القناع (٤/١١٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٨٩٨)، حاشية الروض المربع (٥/٤١٣).

(٦) انظر: تصحيح الفروع (٤/٣٨٧)، الإنصاف (٦/٢٢٠).

(٧) انظر: تصحيح الفروع (٤/٣٨٧)، الإنصاف (٦/٢٢٠).

(٨) انظر: المهذب (١/٣٧٥)، فتح العزيز (١/٢٤٤)، شرح روض الطالب (٢/٣٣٧)، =

أصح الوجهين وقالوا في الآخر: لا؛ لأن التلف حصل لعارض الشروق فأشبه هبوب الرياح. وإلى نحوه مآل ابن عقيل وقال: عندي لا فرق بين حر الشمس، وهبوب الريح. فأما أن يسقط الضمان في الموضعين، أو يجب في الموضعين(١).

لأن حر الشمس له من التأثير ما للريح من التأثير، فالشمس تذيب بعض الجامدات والريح تجري بعض الساكنات، وإنما يضاف الفعل إلى الآدمي قال: وهو المترجح عندي.

ولنا: أن التلف مسبب عن فعله ولم يأت ما يقطعه فأشبه سريان الجراحة للحر، ولأن شروق الشمس عليه مما يعلم، فالحال معرض لما فيه للتدفق، وأما انتفاء الضمان للريح فلا نقول به ولئن سلم فالفرق ما ذكرنا، من أن الشروق مما يعلم وقته فينتظر، والرياح المسقطة لا يعلم هبوبها فلا ينتظر، وكذلك ما لو ذاب بحر الصيف(٢). ولو ذاب لنار قربها إنسان فالضمان على المقرب، وهو قول لشافعية(٣) في أظهر الوجهين وفي الآخر: لا ضمان على واحدٍ منهما.

أما الأول: فلأن الحل بمجرده لا يوجب ضماناً.

وأما الثاني: فلأنه لم يتصرف في الظرف ولا المظروف فهما كسارقين نقب أحدهما، وأخرج الآخر.

ولنا: التقريب ملجيء فأوجب الضمان كدفق المائع، وعدم

= روضة الطالبين (٤/٩٥)، معني المحتاج (٢/٢٧٨) تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/٢٨٦).

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٠).

(٢) انظر: المغني (٧/٤٣٢)، الكافي (٢/٤١٢)، الشرح الكبير (٥/٤٤٥).

(٣) انظر: المهذب (١/٣٧٥)، فتح العزيز (١/٢٤٤،٢٤٥)، روضة الطالبين (٤/٩٥)، شرح روض الطالب (٢/٣٣٧)، مغني المحتاج (٢/٢٧٨) تكملة المجموع شرح المهذب (١٤/٢٨٦).

التصرف في المظروف غير صحيح كما ذكرنا[١]، وأما المخرج فإنما لم يقطع لانتفاء الشرط، وهو هتك الحرز مع الأخذ، وأيضاً فالقطع والحد يدرأ بالشبهات، على أنا أوجبنا ضمان المتاع، وهو مما لا خلاف فيه أعلمه، وذلك نظير ما نحن فيه فانقلب على الحال[٢] ولو كان المقرب أذابه أولاً وحل آخر ثانياً، فالضمان على الثاني للمباشرة[٣]. انتهى.

فصل

والإكراه على إتلاف مال الغير موجب للضمان، قاله في التخليص[٤]، وهو قول الشافعي[٥].

لأنه فعل ملحق فيجب على المكره كما يجب على المكره هذا بإلجائه وهذا بمباشرته، ولا ينتهض الإكراه عذراً في السقوط، لأنه لا تأثير له في حق الغير، فهو كالقتل بالإكراه يجب القصاص على المُكْرَه، والمُكْرِه جميعاً. ثم الواجب ها هنا نصف الضمان على كل منهما لأن المال قابل للتحري بخلاف هذا، ولو عفي عنه إلى الدية للزم كلاً منهما نصفها.

ولو ذبح شاة الغير فهلك سخالها[٦]، أو حمامة فهلك فراخها: ضمن، وهو قول الشافعية[٧] في أظهر الوجهين، لأن التلف مسبب عن

---

(١) سبق ذكره.
(٢) كتبت في المخطوط: «فانعلب على الحالف»، ولعله يقصد ما قد أثبته في المتن.
(٣) انظر: المغني (٤٣٢/٧)، الكافي (٤١٢/٢).
(٤) انظر: الفروع (٣٨٥/٤)، الإنصاف (٢١٧/٦).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٩٤/٤) (١٦/٧)، شرح روض الطالب (٣٣٧/٢).
(٦) السخلة: اسم للمولود ساعة يولد، من أولاد الضأن، والمعز جميعاً، ذكراً كان أن أنثى. حكاه الجوهري عن أبي زيد. انظر: المطلع (١٤٢)، الصحاح (١٧٢٨/٥).
(٧) انظر: فتح العزيز (٢٤٤/١١)، روضة الطالبين (٩٥/٤)، شرح روض الطالب (٣٣٧/٢)، مغني المحتاج (٢٧٨/٢).

فعله، وفي معناه فساد العنب بإزالة أوراقه وتجريد عناقيده للشمس لما ذكرنا، وللشافعية وجه بعدم الضمان اعتباراً للسبب الحادث والأول أصح عندهم، والله تعالى أعلم.

ولو فتح بثقاً(١) فأفسد(٢) بمائه زرعاً أو بنياناً ضمن، كما لو أطلق دابة رموحاً من شكال فأفسدت أو فهداً من سلسلة فعقر، فإنه يضمن كما لو حرضه ذكر ذلك ابن عقيل في فصوله(٣).

قال: (وإن ربط دابة في طريق فانفلت، أو اقتنى كلباً عقوراً فعقر، أو خرق ثوباً، ضمن، إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه، وقيل في الكلب روايتان في الجملة)(٤).

العقور: فعول من العقر، أي الجرح والجمع عقر قاله في المحكم(٥)، وهو من أبنية المبالغة يعتبر له تكرار الفعل واعتياده.

وفي الجملة مسألتان(٦).

إحداهما: ربط دابة أوقفها في طريق فجنت بكدم(٧) أو رفس(٨)

---

(١) البثق: هو المكان المنفتح في أحد جاني النهر، يقال بثق السيل الموضع بثقاً وبثقاً بالفتح والكسر؛ أي: خرقه. المطلع على ألفاظ المقنع (٢١٩)، وجاء في كشاف القناع (١١٨/٤) أن البث: الجسر الذي يحبس الماء.

(٢) والفساد هو: التلف والعطب والاضطراب والخلل والجدب والقحط قال تعالى: ﴿وَيَسْعَوْنَ فِي ٱلْأَرْضِ فَسَادًا﴾ [المائدة: ٣٣].

(٣) انظر: كشاف القناع (١١٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٨/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٤/٥).

(٤) المقنع (٢٥٣/٢).

(٥) انظر: المحكم (١٠٥/١).

(٦) المسألة الثانية سيأتي ذكرها.

(٧) الكدم العض بأدنى الفم، كما يكدم الحمال يقال: كدمه يكدمه ويكدمه. وكذلك إذا اثرت فيه بحديدة ويقال: ما بالبعير كدمه، إذا لم يكن أثرة ولا وسم. انظر: الصحاح (٢٠١٩/٥)، المصباح المنير (٦٣٧/٢).

(٨) الرفس: الضرب بالرجل. وقد رفسه برفسه. انظر: الصحاح (٩٣٦/٣)، المصباح المنير (٦٣٧/٢).

أو وطء أو نطح أو لطم[١] أو عثر بها حيوان أو آدمي (فلطمته أو أغمى عليه)[٢] فعليه الضمان[٣] لعدوانه في الجملة ثم إطلاق الطريق في الكتاب يفيد استواء الحكم حالة السعة والضيق.

وكذلك أورده مطلقاً ابن أبي موسى[٤]، وأبو الخطاب[٥] ونص عليه أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ[٦].

فروى أبوالحارث أنه قال لأبي عبد الله: أقام دابةً على الطريق فضربت برجلها، أو أخذت بفيها. قال: إذا أقامها على الطريق فهو ضامن لما جنت، ليس له في الطريق حق، وهو أولى به منهم أي لا[٧].

وقال حنبل: قيل لأبي عبد الله إن كانت دابة فشدها على الطريق فعقرت قال: يضمن.

وقال أبو طالب: سألت أحمد عن رجل شد فرساً على الطريق فعض رِجْلَ رَجُلٍ قال: يضمن إذا شده في الطريق[٨]. انتهى.

---

(١) اللطم الضرب على الوجه بباطن الراحة. انظر: الصحاح (٢٠٣٠/٥) المصباح (٦٧١/٢).

(٢) جاء في المخطوط: «أو ادمى لطمه أو عمي فعليه الضمان»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤٤٥/٥)، الفروع (٣٨٧/٤)، المبدع (١٩١/٥، ١٩٢)، الإنصاف (٢٢٠/٦)، كشاف القناع (١١٩/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٤/٥، ٤١٥).

(٤) انظر: الإرشاد (ص٤٦٣)، تصحيح الفروع (٣٨٧/٤، ٣٨٨)، القواعد الفقهية قاعدة (٨٨) ص(٢١٦)، الإنصاف (٢٢٠/٦).

(٥) انظر: الهداية (١٩٦/١) تصحيح الفروع (٣٨٧/٤، ٣٨٨)، القواعد الفقهية (٢١٦)، الإنصاف المواضع (٢٢٠/٦).

(٦) انظر: تصحيح الفروع (٣٨٧/٤، ٣٨٨)، الإنصاف (٢٢٠/٦).

(٧) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين (٣٥٠/٢)، القواعد الفقهية قاعدة (٨٨) ص(٢١٦).

(٨) انظر: الروايتين والوجهين (٣٥٠/٢)، والقواعد الفقهية ص(٢١٦)(قاعدة (٨٨).

بل النصوص أدل على التسوية لعموم الصيغة وبذلك قال الشعبي، والنخعي[١]، والشافعي[٢] وأبو حنيفة[٣].

وحكى القاضي في المجرد الروايتين ثم غير واحد ممن (جاء)[٤] بعده رواية بعدم الضمان إذا وقف في الواسع[٥]، ونص من رواية أحمد بن سعيد: إذا وقف على نحو ما يقف الناس أو في موضع يجوز أن يقف في مثله فنفخت بيد أو رجل فلا شيء عليه[٦].

وإذا كانت مشدودة في قطار فيه عدة أبعرة، فضرب أحدهما برجله وليس عليه إنسان، فلا شيء عليه إنما ذلك إذا كان راكباً عليها[٧].

قال القاضي في كتاب الروايتين: فظاهر هذا أنه لا ضمان عليه إذا كان واقفاً لحاجة، وكان الطريق واسعاً. انتهى[٨].

وهو قول مالك[٩] ووجه لأصحاب الشافعي[١٠] لانتفاء التعدي بوقفها فيه فلا ضمان كالوقف في الموات (. . . .)[١١].

---

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الرجل يوقب دابته (٥/٤٦٥)، وقول الشعبي والنخعي أورده أيضاً ابن حزم في المحلى (١١/٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠٠).

(٣) انظر: المبسوط (٩٦/١٨٩)، تحفة الفقهاء (٣/١٢٤).

(٤) ما بين القوسين زيادة لازمة. ثم غير واحد ممن جاء بعده مثل ما جزم به في الوجيز وقدمه في الروايتين والحاوي الصغير وغيرهم انظر: الإنصاف (٦/٢٢١).

(٥) انظر: الروايتين (٢/٣٥٠)، تصحيح الفرع (٤/٣٨٧)، القواعد الفقهية (٤/٣٨٨)، الإنصاف (٦/٢٢١).

(٦) انظر: الروايتين (٢/٣٥٠)، القواعد الفقهية قاعدة (٨٨) (ص٢١٦).

(٧) انظر: الروايتين (٢/٣٥٠) .

(٨) انظر: الروايتين (٢/٣٥٠)، الإنصاف (٦/٢٢١).

(٩) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/٣٣٧).

(١٠) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠٠).

(١١) في هذا الموضع زيادة هي: (ووجه لأصحاب الشافعي لانتفاء التعدي بوقفها فيه فلا ضمان كالوقف في الموات).

ووجه الأول: وهو المذهب أنه متعد بالربط فضمن كحالة الضيق، وأما القيام المجرد فالانتفاع به مشروط بسلامة العاقبة فهو كترك الطين في الطريق يضمن إذا زلق به زالق(١).

ورواية أحمد بن سعيد: ليست صريحة في الطريق، فيحتمل ما عداه.

والأقوى نظراً عدم الضمان حالة القيام(٢) كما أورد القاضي وغيره(٣) دون حالة الربط.

وإن كان صاحب التلخيص(٤) صرح بالخلاف في الربط فإن الربط عدوان محض، لوقوعه في غير ملك، ولأن القدر الذي يملكه هو المرور، فالربط غير مستحق، وأما القيام(٥) فليس عدواناً فلا يصير به ضامناً، هذا ما لم تكن الجناية خلقاً للدابة، أما إن كانت خلقاً فكالعقور وسيذكر إن شاء الله تعالى(٦).

فرع

ربط دابته في ملكه، أو في موات وغاب، فلا ضمان لما تتلفه لانتفاء العدوان والتفريط. انتهى.

---

(١) انظر المغني: (١٢/ ٥٤٥)، الفروع (٣٨٧/٤، ٣٨٨)، الإنصاف (٢٢١/٦)، (١٠/ ٣٣).
(٢) انظر: الإنصاف (٢٢١/٦).
(٣) انظر: الروايتين (٢/ ٣٥٠)، تصحيح الفرع (٣٨٧/٤)، القواعد الفقهية (٣٨٨/٤)، الإنصاف (٢٢١/٦).
(٤) انظر: القواعد الفقهية ص(٢١٦) قاعدة (٨٨).
(٥) في المخطوط (وأما القياس) والصواب ما أثبته في المتن.
(٦) سيأتي ذكره إن شاء الله.

فصل

ذكر ابن عقيل في الفصول، والسامري في المستوعب، أن الأنهار التي تجري فيها السفن، وأطواق الأحطاب (وإروا الاثنان)[١] كدجلة والفرات) وسيحون وجيحون[٢][٣] والخلج المتفرعة منها إن أرسى في وسطها، أو جانبها سفينة، أو زورقاً أو أوبدة إلى الشط أو جعل فيها غربة من غربان الطحن وإن كان بإذن الإمام، والطريق واسع، والجريان معتدل بحيث لا يمكن الاحتراز منها، لم يضمن وإن لا ضمن ولم يجز[٤] قال ابن عقيل: لا يجزه لأنه ممر فهو كالطريق. انتهى.

والإذن مأخوذ من نصه[٥] عليه في بناء المسجد بالطريق وبينهما فرق وهو أن المسجد يتأبد فتؤدي إلى تعطيل المرور في تلك البقعة دواماً، فاحتيج إلى نظر الإمام وإذنه وما نحن فيه بخلافه.

وأيضاً فما نحن فيه من الامور الجائزة التي تتكرر والاستئذان فيها يستهجن في العرف فتوقفها على الإذن حرج فينتفي.

المسألة الثانية:

اقتنى كلباً عقوراً فعقر، أو خرق ثوباً، فإما خارج منزل المقتني أو داخله.

---

(١) في المخطوط كتبت: «وارو الانيان»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(٢) في الأصل كتبت: «وسيحان وجيجان»، والصواب ما قد أثبته في المتن.

(٣) سيحون هو: نهر مشهور كبير بما وراء النهر قرب خحنده بعد سمرقند يجمد في الشتاء حتى يجوز على جمده القوافل، وهو من حدود بلاد الترك. انظر: معجم البلدان (٣/٢٩٤).
جيحون: قيل هو من جاحه إذا استأصله ومنه الخطوب والجوائح سمي بذلك لاجتياحه الأرضيين وهو اسم وادي خرسان على وسط مدينة لها جيهان فنسبه الناس إليها وقالوا جيحون على عاداتهم في قلب الألفاظ. انظر: معجم البلدان (٢/١٩٦).

(٤) انظر: القواعد الفقهية ص(٢١٥) قاعدة (٨٨).

(٥) نص عليه من رواية الشالنجي، انظر: القواعد الفقهية (ص٢١٥).

والأول: فيه ضمان ما تلف ليلاً ونهاراً بغير خلاف في المذهب(١).

قال أبو طالب: سألت أحمد عن رجل له كلب عقور في دراه قال: إن عقر خارجاً من الباب ضمن؛ لأنه عقر في غير ملكه إنما له داره ليس له الطريق.

وقال في رواية حنبل: وكذلك الكلب إن أرسل فعقر ضمن، وبذلك قال الشعبي، والشافعي(٢) لحصول التلف عن فعله باقتناء ما يحرم اقتناؤه وإرسال ما يحرم إرساله فإنه مأمور بضبطه بل بقتله.

قال ابن عمر: حدثني إحدى نسوة النبي ﷺ أنه كان يأمر بقتل الكلب العقور، والفأرة، والعقرب(٣) وذكر بقية الخبر متفق عليه(٤). ولأن الجناية عادة له فإرساله جناية وعدوان كما لو كان سبعاً فأرسله.

وأما داخل المنزل: فدخول المجني عليه إما لإذن أو لا؟

وإن كان لإذن: فكذلك يجب الضمان(٥) نص عليه من رواية أبي طالب، وسأله عن رجل له كلب عقور في داره، قال: إذا أذن لرجل

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣)، الشرح الكبير (٤٤٥/٥، ٤٤٦)، المبدع (١٩٢/٥)، الإنصاف (٢٢١/٦)، كشاف القناع (١١٩/٤ ١٢٠)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٥/٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٠٢/٧، ٤٠٣).

(٣) أخرجه البخاري في: باب ما يقتل لمحرم من الدواب، من كتاب المحصر وجزاء الصيد. صحيح البخاري (١٧/٣)، ومسلم، في: باب ما يندب للمحرم...، من كتاب الحج، صحيح مسلم (٨٥٦/٢، ٨٥٩).

(٤) الحديث جاء فيه: قال ابن عمر رضي الله عنهما قالت حفصة قال رسول الله ﷺ خمس من الدواب لا حرج على من قتلهن الغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور.

(٥) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣)، الشرح الكبير (٤٤٦/٥)، المبدع (١٩٢/٥)، الإنصاف (٢٢١/٦)، كشاف القناع (١٢٠/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٥/٥).

فعقره فهو ضامن، وبهذا قال شريح[١] والشعبي[٢]؛ لأن الإذن سبب لاقتحام التلف فكما لو دخل بإذنه فهوى في بئر.

وينبغي تقييده بما إذا لم ينبهه على الكلب، أو على كونه غير موثق. أما إن نبه: فلا ضمان[٣] وهو قول الشافعي[٤] لأنه لم يفرط، ولأن الداخل استقل بالجناية على نفسه بالإقدام مع العلم فأشبه ما لو أكل طعاماً مسموماً أعلمه به من قدمه إليه.

وإن دخل بإذن: فلا ضمان على المقتني[٥] كذلك نصه في رواية أبي طالب إذا أذن لرجل فعقره فهو ضامن، وإذا دخل بغير إذن لا يضمن وبذلك قال شريح والشعبي والحكم[٦] والشافعي[٧] لاعتدائه بالدخول فيكون متسبباً إلى إتلاف نفسه، هذا ما قال المصنف في كتابيه[٨] وابن موسى، والقاضي في المجرد[٩] وصاحب المحرر[١٠]: من غير إيراد خلاف في شيء منه[١١].

---

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٤٣١/٥) كتاب الديات باب الكلب يعقر الرجل.

(٢) انظر: المصنف ابن أبي شيبة (الموضع السابق).

(٣) انظر: الإنصاف (٢٢١/٦)، كشاف القناع (١٢٠/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣).

(٤) انظر: المهذب (١٩٣/٢)، روضة الطالبين (٤٠٣/٧)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٦/١٩، ١٨، ١٩).

(٥) انظر: المغني (٥٤٣/١٢)، الكافي (٢٤٩/٤) الشرح الكبير (٤٤٦/٥)، الفروع (٣٨٨/٤)، المبدع (١٩٢/٥)، الإنصاف (٢٢٢/٦)، كشاف القناع (١٢٠/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٦/٥).

(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الديات، باب الكلب يعقر الرجل (٤٣١/٥، ٤٣٢).

(٧) انظر: المهذب (١٩٣/٢)، روضة الطالبين (٤٠٣/٣)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٦/١٩، ١٨، ١٩).

(٨) انظر: المغني (٥٤٣/١٢)، الكافي (٢٤٩/٤)، الإنصاف (٢٢٢/٦).

(٩) انظر: الإنصاف (٢٢٢/٦).

(١٠) انظر: المحرر (١٦٢/٢)، الإنصاف (٢٢٢/٦).

(١١) انظر: الإنصاف (٢٢٢/٦).

وحكى القاضي في الجامع الصغير روايتين في الضمان مطلقاً من غير تقييد بإذن وهو ما حكى أبوه الخطاب في كتابيه عن القاضي. وأورده المصنف ها هنا[١][٢]. وجرى على حكاية هذا الخلاف جماعة من أئمة المذهب: منهم الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب وأبو الحسن بن بكروس في كتبهم الخلافية.

واختلفوا فمنهم من صحح الضمان، وهو ما قال في الجامع. ومنهم من عكس، وهو قول الشريف والظاهر من كلام أبي الخطاب، وابن بكروس[٣].

وأصل الخلاف ما أورد الخلال عن حرب بن إسماعيل قال: قيل لأحمد رجل دخل دار رجل، فحمل عليه كلب أو دابة فقتله قال: إذا لم يهيجوه فليس عليهم شيء إذا كان في دارهم أو ملكهم قلت: وكذلك إذا كان الكلب في مزرعة لرجل قال: نعم كل شيء من ملكه إذا كان فيه كلب أو دابة فدخل إنسان فعقره فليس عليه شيء، هذا النص بعد الضمان مطلقاً. وهو موافق لقول أهل الظاهر[٤] عملاً بعموم «**العجماء جرحها جبار**»[٥] ولأنه لا تحريض منه، فلا ضمان كما لو شردت دابة في منزله فأفسدت.

وأورد الخلال أيضاً ما قدمنا[٦] من رواية حنبل أن أبا عبد الله

(١) انظر: المقنع (٢/٢٥٣).
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٢) قول أبي الخطاب في الهداية (١/١٩٦).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٢).
(٤) انظر: المحلى (١١/ ص١٠).
(٥) أخرجه برواية أبي هريرة ﷺ البخاري في: باب من حفر بئراً في ملكه لم يضمن، من كتاب المساقاة وفي: باب في الركاز الخمس، من كتاب الزاكاة، وفي باب المعدن جبار، والبئر جبار، وباب العجماء جبار، من كتاب الديات، صحيح البخاري (٣/١٤٥، ٢/ ١٦٠، ٩/ ١٥، ١٦)، ومسلم في: باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار، من كتاب الحدود. صحيح مسلم (٣/١٣٣٤، ١٣٣٥).
(٦) سبق ذكره.

قال: الكلب إذا كان موثقاً ثم عقر لم يضمن[(١)]، فإن أرسل فعقر ضمن، وهذا نص إطلاق الضمان من غير تعرض لإذن وهو مذهب مالك[(٢)] فيما قيل؛ لأن الاقتناء سبب محرم فضمن به كما لو ارتبط دابة بطريق ضيق.

وقول المصنف[(٣)] (وقيل: في الكلب روايتان) في الجملة هو مطلق في كل الحالات حتى إن شيخنا ابن أبي عمر رَحِمَهُ اللَّهُ قال في شرحه:[(٤)] سواء كان في منزل صاحبه، أو خارجاً، وسواء دخل بإذن صاحب المنزل أو لا.

وليس كذلك: فإن كلام أبي الخطاب[(٥)] الذي أخذ المصنف منه ذلك إنما هو وارد في حالة الدخول. والإجمال فيه عائد على الإذن وعدمه[(٦)].

وكذلك أورد السامري في كتابه: فقال: من اقتنى في منزله كلباً عقوراً، فعقر فيه إنساناً، إن كان المعقور دخل منزله بغير إذنه: فلا ضمان عليه، وإن كان بإذنه: فعليه الضمان[(٧)].

قال: وخرجها القاضي على روايتين: إحداهما: يضمن، والأخرى: لا يضمن. فإن عقر خارج المنزل ضمن. ذكره ابن أبي موسى. انتهى[(٨)].

فخصص الخلاف بحالة العقر داخل المنزل دون خارجه وهذا هو الصحيح[(٩)]، فإن نص أحمد بانتفاء الضمان مشروط بما هو في الدار

(١) انظر: الفروع (٣٨٨/٤)، المبدع (١٩٢/٥)، الإنصاف (٢٢٢/٦).
(٢) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقصد (١٤٩/٤).
(٣) انظر: المقنع (٢٥٣/٢).
(٤) انظر: الشرح الكبير (٤٤٦/٥).
(٥) انظر: الهداية لأبي الخطاب (١٩٦/١).
(٦) انظر: الإنصاف (٢٢٢/٦).
(٧) انظر: الإنصاف (٢٢٢/٦).
(٨) انظر: الإنصاف (٢٢٣/٦).
(٩) انظر: الإنصاف (٢٢٣/٦).

أو الملك ومفهوم ذلك ثبوت الضمان فيما هو خارج فالإطلاق ليس بالجيد وهذا من المضامين[١] المفيدة.

فصل

وإفساد الكلب بما عدا العقر كبوله أو ولوغه[٢] في إناء الغير لا يوجب ضماناً ذكره في المغني[٣] قال: لان هذا لا يختص به الكلب العقور.

وكذلك لا يضمن ما أتلفه غير العقور ليلاً ونهاراً. حكاه المصنف[٤] أيضاً لقول النبي ﷺ (العجماء جرحها جبار)[٥].

والذي حكاه المصنف آخراً محمول على ما يباح اقتناؤه، أما ما يحرم كالكلب الأسود فيجب الضمان، لأنه في معنى العقور في منع الاقتناء واستحقاق القتل. وكذلك ما عدا كلب الصيد والحرث والماشية، لأنه في معنى ما تقدم من المنع فيحصل العدوان بإمساكه، والله أعلم[٦].

فصل

اقتنى أسداً أو ذئباً أو نمراً أو نحو ذلك من السباع المتوحشة: فكالكلب العقور فيما قدمناه[٧] لأنه في معناه وأولى لخلوه عن المنفعة[٨].

---

(١) كتبت في المخطوط: «السامن»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(٢) ولوغه: ولغ الكلب في الإناء يلغ ولوغاً؛ أي: شرب ما فيه باطراف لسانه. انظر: الصحاح (١٣٢٩/٤).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣).

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣).

(٥) وقد سبق تخريجه.

(٦) انظر: الإنصاف (٢٢٣/٦)، كشاف القناع (١١٩/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣).

(٧) سبق ذكره.

(٨) انظر: المبدع (١٩٢/٥)، الإنصاف (٢٢٣/٦)، كشاف القناع (١١٩/٤)، شرح منتهى =

فصل

اقتنى هرة تأكل الطيور، وتقلب القدور: فعليه ضمان ما تتلفه ليلاً ونهاراً. ذكره أصحابنا[١]، وقال به الشافعية[٢] في أصح الوجهين، وفي الآخر: لا لأن العادة لم تجر بربطها وتقييدها.

ولنا: أنها في معنى الكلب العقور فوجب الإلحاق، ولأن من شأنها أن تربط وتضبط فإرسالها تفريط، وإن لم يكن ذلك من عادتها: فلا ضمان. حكاه في المغني[٣] وهو الأصح من مذهب الشافعي[٤]؛ لقول النبي ﷺ: «**العجماء جرحها جبار**»[٥] والعادة حفظ الطعام عنها لا ضبطها. ولو حصل عنده كلب عقور، أو سنور[٦] ضار لا لاقتناء واختيار فأفسد: لم يضمن. للخبر؛ ولأنه لا أثر له في الإفساد[٧].

فصل

ولا تقتل الهرة الضارية حال سكونها وعدم صولها ذكره بن عقيل،[٨] وقال به الشافعية[٩]، في أحد الوجهين.

= الإرادات (٨٩٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٦/٥).

(١) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣)، الكافي (٢٤٩/٤)، المبدع (١٩٢/٥)، الإنصاف (٢٢٢/٦)، كشاف القناع (١١٩/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٦/٥).

(٢) انظر روضة الطالبين (٤٠٢/٧، ٤٠٣).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٠٣/٧).

(٥) سبق تخريجه.

(٦) السنورة القط المعروف. المطلع (٢٢٨).

(٧) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣)، الشرح الكبير (٤٤٦/٦)، كشاف القناع (٢٢٠/٤)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣)، حاشية الروض المربع (٤١٦/٥).

(٨) انظر: كشاف القناع (١٢٠/٤).

(٩) انظر: روضة الطالبين (٤٠٣/٧) .

وفي الآخر: تقتل إلحاقاً بالفواسق الخمس.

وفي كتاب أبي داود والترمذي من حديث أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال: «**يقتل المحرم السبع العادي**»(١).

قال الترمذي: هذا حديث حسن(٢) فأباح ﷺ (قتل ما عدا من السباع) والهر سبع كما في الخبر من رواية أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**وذكر الهر فقال هي سبع**»(٣).

ولنا: أن ضرواتها عارضة، والاحتراز عنها متيسر، فأشبهت الدابة الرموح، ولا يصح إلحاقها بالفواسق الخمس؛ لأن الإلحاق يتوقف على ثبوت وصف الفسق فيها، وفسق الحيوانات لا يدرك بدون النص، ولا نص في فسق الهرة الضارية، وفيه بقية كلام يذكر في غير هذا الموضع.

وحديث أبي سعيد(٤) يرويه يزيد بن أبي زياد(٥) قال شعبة: كان رقاعاً(٦). وقال أحمد: لم يكن بالحافظ، ليس بذلك(٧).

وعن ابن معين، وأبي زرعة الرازي(٨):

---

(١) أخرجه أبو داود، في باب ما يقتل المحرم من الدواب، من كتاب المناسك. سنن أبي داود (٤٢٤/٢)، والترمذي، في باب ما يقتل المحرم من الدواب، من كتاب الحج. سنن الترمذي مع العارضة (٦٣/٤، ٦٥).

(٢) انظر: سنن الترمذي مع المعاضة (٦٥/٤).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٤٢/٢).

(٤) قد سبق تجريجه.

(٥) هو يزيد بن أبي زياد أبو عبد الله الهاشمي الكوفي، مولى عبد الله بن الحارث بن نوفل، معدود في صغار التابعين توفي سنة ١٣٧. انظر: التهذيب (٢٨٧/١١)، السير (١٢٩/٦، ١٣٣).

(٦) انظر: السير (١٣٠/٦).

(٧) انظر: السير (١٣٠/٦).

(٨) هو عبيد الله بن عبد الكريم بن يزيد بن فروخ المخزومي أبو زرعة الرازي. انظر: التهذيب (٢٨/٧).

لا يحتج بحديثه[١] وخبر أبي هريرة لا يثبت إسناده بمرة، ثم السبع العادي ظاهر فيما شأنه العدوان كالأسد والذئب على معنى اللزوم في الصفة فلا يتناول ما ضرواته عارضة، وأما حال صولها فيدفع بأدنى ما يحصل به الانصراف فإن آل إلى التلف فلا ضمان كما في الفحل الصائل، ذكره ابن عقيل[٢]، وهو مذهب الشافعي[٣].

قال: (وإن أجج[٤] ناراً في ملكه، أو سقى أرضه فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه ضمن إذا كان قد أسرف فيه، أو فرط، وإلا فلا)[٥].

الأصل في هذا أن تصرف الإنسان في ملكه مما هو سار يعتمد (كونه بدا)[٦] بالمعروف فما هو على وفقه لا يضمن سرايته، لأنه لو ضمن لأدى إلى تعطيل الانتفاع، وهو خلاف الإجماع، وإلى الحرج والضرر، وهما منفيان بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]. وبقول النبي ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»[٧]، وما ليس بالمعروف فسرايته مضمونة لحصوله عن السبب العدواني، فهو كالناشيء عن الغصب[٨].

---

(١) انظر: السير (١٣٠/٦).
(٢) انظر: كشاف القناع (١٢٠/٤).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٤٠٣/٧).
(٤) أجج: أي أضرم وألهب. انظر: الصحاح (٢٩٧/١،) المطلع ص(٢٧٧).
(٥) انظر: المقنع (٢٥٣/٢).
(٦) كتب في المخطوط: «حون بدا»، ولعله يقصد ما أثبته في المتن.
(٧) أخرجه برواية كل من عبادة بن الصامت وابن عباس وابن ماجه، في باب من بنى في حقه ما يضر جاره، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه (٧٨٤/٢)، وأخرجه برواية عمر بن يحيى المازني عن أبيه عن الإمام مالك مرسلاً، في باب القضاء في المرفق، من كتاب الأقضية: الموطأ (١١٥/٢).
(٨) انظر: المغني (٤٣٢/٧، ٤٣٣)، الكافي (٤١٢/٢،٤١٣)، الشرح الكبير (٤٤٦/٥، ٤٤٧)، المبدع (١٩٢/٥، ١٩٣)، الإنصاف (٢٢٢/٦)، كشاف القناع (١٢٠/٤، ١٢١)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣،٩٠٠).

وإذا علم ففي المتن مسألتان[١]: إحداهما: أجج في ملكه أو على سطحه ناراً، فطار الشرار وأتلف ملك غيره فها هنا حالتان[٢].

الأولى: موافقة العادة في قدرها، أو الريح لينة غير عاصفة، أو أجج في فرن أو تنور ونحو ذلك، وكذا لو عصفت بعدما أجج، لكن بشرط أن يقصر بعد العصوف.

الثانية: الإسراف بمجاوزة العادة في قدرها، أو التفريط بأن يؤجج والريح عاصفة، بمقربة من ملك الغير حيث يصل إليه خفيف الشرر ونحو هذا[٣] ومنصوص أحمد رحمه الله في المسألة نفي الضمان.

قال إسحاق بن إبراهيم، وحرب بن إسماعيل: قيل لأحمد إن أوقد ناراً، قال: (لا بد له من أن يختر)[٤]، قال إسحاق: ولم يرى عليه ضماناً، وقال حرب: فكأنه لم ير عليه شيئاً.

في مسائل محمد بن أبي حرب الجرجرائي[٥] قلت لأحمد: أوقد ناراً في السفينة؟ فقال: لا[٦] بد له من أن يطبخ. وكأنه لم يرد[٧] عليه[٨]. وقال الفرج بن الصباح البرزاطي[٩] في مسائلة: سألت أحمد

---

(١) المسألة الثانية سيأتي ذكرها.
(٢) هناك حالتان سيأتي ذكرهما إن شاء الله.
(٣) انظر: المغني (٤٣٢/٧، ٤٣٣)، الكافي (٤١٢/٢، ٤١٣)، الشرح الكبير (٤٤٦/٥، ٤٤٧)، المبدع (١٩٢/٥، ١٩٣)، الإنصاف (٢٢٢/٦)، كشاف القناع (١٢٠/٤، ١٢١)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣، ٩٠٠).
(٤) كتبت في المخطوط (وبدله من كسر) ولعل الصواب ما أثبته في المتن.
(٥) هو: أبو جعفر محمد بن أبي حرب الجرجرائي. عنده عن أحمد مسائل مشبعة، كان ورعاً جليل القدر، وكان أحمد يكاتبه ويسأل عن أخباره. انظر: طبقات الحنابلة (٣٣١/١).
(٦) ساقطة من المخطوط وأثبتها من: كشاف القناع (١٢٠/٤).
(٧) كتب في المخطوط: «ير»، والصواب ما أثبته المتن. انظر، كشاف القناع (١٢٠/٤).
(٨) انظر: كشاف القناع (١٢٠/٤).
(٩) هو الفرج بن الصباح البرزاطي نسبة إلى برزاط. انظر: المنهج الأحمد (٤٤١/١)، =

عن رجل أحرق حلاله في ضيعة له فطارت النار، فوقعت في زرع قوم فأحرقته؟ فقال: لا شيء عليه[١].

ثم قال: حدثنا وكيع بن الجراح[٢]، عن يحيى بن يحيى الغساني[٣] عن أبيه قال: أحرق قوم حلالهم، فطارت شرارة، فوقعت في زرع قوم فأحرقته، فرفع ذلك إلى عمر بن عبد العزيز فقال: (النار جبار)[٤] فلم يلزمهم، وهذا حمله ابن عقيل على الحالة الأولى.

وأما الثانية: فوجب الضمان فيها[٥]، وكذلك قال القاضي ومن بعده من الأصحاب، وهو ما أورد في المتن[٦] وقال به الشافعية[٧] إداره لحكم الضمان على التفريط وجوداً وعدماً[٨]، فإنه حال التفريط بمنزلة ملقي النار في ملك الغير وظاهر النص أهم مما ذكروه.

فإنه رَحِمَهُ ٱللَّهُ لم يستفصل لأنه أورد ما استند إليه عمر بن العزيز من أن (النار جبار) وذلك ثابت في الخبر الذي رويناه من جهة معمر[٩] عن

= المقصد الأرشد في ذكر أصحاب أحمد (٢/٣١٤).

(١) ما جاء عن الفرج بن الصباح ذكره الإمام برهان الدين في المقصد الأرشد (٢/٣١٤).

(٢) هو: وكيع بن الجارح بن مليح الرؤاسي أبو سفيان الكوفي، ثقة، حافظ، عابد، توفي سنة (٩٦هـ)، وقيل: (٩٧هـ) وله سبعون. انظر: التقريب (ص٣٦٩)، التهذيب (١٠٩/٢).

(٣) هو: يحيى بن يحيى بن قيس بن حارثة الغساني أبو عثمان الشامي انظر: التهذيب (٢٦١/١١).

(٤) قول عمر بن عبد العزيز ذكره ابن حزم في المحلى (١١/ ٢٠).

(٥) انظر: المغني (٤٣٣/٧)، الكافي (٤١٢/٢،٤١٣)، الشرح الكبير (٤٤٦/٥، ٤٤٧)، المبدع (١٩٢/٥، ١٩٣)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣، ٩٠٠).

(٦) انظر: المقنع (٢٥٣/٢).

(٧) انظر: المهذب (٣٧٥/١)، روضة الطالبين (١٧٥/٧)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٤).

(٨) أي الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً فإذا وجد التفريط وجد الضمان وإذا انعدم التفريط انعدم الضمان.

(٩) هو: معمر بن راشد أبو عروة بن أبي عمرو الأزدي مولاهم، البصري، نزيل اليمن، =

همام بن منبه[١] عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ النار جبار أخرجه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه، وإسناده صحيح[٢] رواه عن معمر عبد الرزاق بن همام[٣] وعبد الملك الصنعاني[٤]، وقال محمد بن حماد الطهراني:[٥] هو في كتاب هشام بن يوسف[٦] يعني عن معمر.

والنار صيغة عموم، فيدل الاستدلال به على أن المستدل أراد ما هو أعم. ثم النص عليها يقتضي مزيد خصوصية، والمعنى المناسب للاختصاص مما نرى مشقة ضبطها عند الاحتياج إليها لسرعة علوقها وقوة نفوذها، كما هو في العجماء حيث شق كفها وضبطها، وأيضاً فهي ـ أعني: النار عَدَوٌ لنا، كما جاء في الخبر[٧]، فهي منطبعة على

= الإمام الحافظ، شيخ الإسلام توفي سنة (١٥٤هـ). انظر: التقريب (ص٣٤٤) التهذيب (٢١٨/١٠).

(١) هو: همام بن منبه بن كامل بن سيج. الأبناوي الصنعاني المحدث المتقن أبو عقبة صاحب تلك الصحيفة الصحيحة التي كتبها عن أبي هريرة، وهو نحو من مائة وأربعين حديثاً. انظر: التهذيب (٥٩/١١)، السير (٣١١/٥).

(٢) أخرجه أبو داود، في: باب في النار تعدي، من كتاب الديات سنن أبي داود (٧١٦/٤، ٧١٧)، وابن ماجه، في: باب الجبار، من كتاب الديات سنن ابن ماجه (٨٩٢/٢)، أخرجه النسائي في: باب في الدابة تصيب برجلها من كتاب العارية السنن الكبرى (٤١٣/٣).

(٣) هو: عبد الرزاق بن همام بن نافع، الحميرى مولاهم، أبو بكر الصنعاني، ثقة، حافظ، مصنف، مشهور، عمي في آخر عمره فتغير، وكان يتشيع، مات سنة (٢١١هـ). انظر: التقريب ص(١٢٣)، التهذيب (٢٧٨/٦).

(٤) هو عبد الملك بن الصبح السمعي أبو محمد الصنعاني البصري ذكر في الثقاب، قيل أنه توفي سنة (١٩٩هـ)، وقيل: سنة (٢٠٠هـ). انظر: التهذيب (٣٥٤/٦).

(٥) هو: محمد بن حماد الطهراني الإمام المحدث الرحال الثقة، أبو عبد الله، الرازي الطهراني توفي سنة (٢٧١هـ). انظر: التهذيب (١٠٩/٩)، السير (٦٢٨/١٢).

(٦) هو: هشام بن يوسف أبو عبد الرحمٰن الصنعاي، الإمام الثبت، قاضي صنعاء اليمن وفقيهها، من أقران عبد الرزاق، لكنه أجل وأتقن، توفي سنة (١٩٧هـ). انظر: التهذيب (٥١/١١)، السير (٥٨٠/٩، ٥٨١).

(٧) أي قوله (النار جبار) أخرجه أبي داود والنسائي وابن ماجه وقد سبق تخريجه ص(٢٨٢).

العدوان، فناسب التخفيف بالإهدار وإذا نجز هذا فالخبر لا إشكال في تخصيصه، والقدر المخصوص ما إذا حصل التأجيج ملجئاً إلى الاتلاف، كما إذا أجج بمقربة من زرب(١) أو حصيد، بحيث يصل إليه، ولابد، أو كانت الريح شديدة العصوف، بحيث لا يتاتى معها ثبوت النار في مقرها، فهذا ومثله غير مراد في الخبر؛ لأنه عدوان محض، والله تعالى قال: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]. ولا شك أن هذا النوع أزيد تأثيراً من حال مطلق العصوف. ومطلق القرب الممكن معه عدم الوصول، فإن ذلك ونحوه من تأجيج النار الكثيرة ليس بملجىء في العادة فوجب أن يكون هذا إعمالاً لفائدة تخصيص النار بالذكر(٢).

فإن قيل: ذكر الدارقطني في كتاب السنن: عن حمزة بن القاسم(٣) عن حنبل بن إسحاق، قال: سمعت أبا عبد الرحمٰن بن حنبل يقول في حديث عبد الرزاق في حديث أبي هريرة: (والنار جبار)، ليس بشيء لم يكن في الكتب، باطل ليس هو بصحيح(٤). وروى أيضاً عن ابن مخلد(٥) عن إسحاق بن إبراهيم بن هانىء قال: سمعت أحمد يقول: أهل اليمن يكتبون النار النير، ويكتبون البير يعنى مثل ذلك وإنما لقن عبد الرزاق (النار جبار)(٦).

---

(١) زرب: الزرب والزريبة أيضاً: حظيرة للغنم من خشب. انظر: الصحاح (١/١٤٢).
(٢) انظر: كشاف القناع (٤/١٢١).
(٣) هو: حمزة بن القاسم بن عبد العزيز أبو عمر الهاشمي البغدادي توفي سنة (٣٣٥هـ). انظر: السير (١٥/ ٣٧٤).
(٤) انظر: سنن الدارقطني (٣/١٥٣).
(٥) هو: محمد بن مخلد بن حفص أبو عبد الله الدوري البغدادي العطار وصف بالعلم والصلاح والصدق والاجتهاد في الطلب سئل عنه الدارقطني فقال: ثقة مأمون توفي سنة (٣٣١هـ). انظر: السير (١٥/ ٢٥٧).
(٦) انظر: سنن الدارقطني (٣/١٥٣).

وقال إسحاق أيضاً في كتاب مسائله: سمعت أبا عبد الله يقول: حديث عبد الرزاق حديث أبي هريرة (النار جبار)[١] إنما هو البئر جبار، وإنما كتبنا كتبه على الوجه، وهو لا الذي كتبوا عنه سنة ست إنما ذهبوا إليه وهو أعمى (يلقن فلقن فتلقنه ومر فيه)[٢].

وروينا عن محمد بن حماد الطهراني قال: قال أحمد بن حنبل: لم أجد هذا الحرف في كتاب عبد الرزاق؛ يعني: النار.

وذكر الأثرم في كتاب العلل: سمعت أبا عبد الله يسأل عن حديث **«النار جبار»**، فقال: هذا باطل ليس من هذا شيء. ثم قال: من يحدثنا به، عن عبد الرزاق، قلت: حدثني أحمد بن شبويه[٣] قال: هؤلاء سمعوا بعد سماعي كان يلقن فتلقنه، وليس هو في كتابه وقد أسندوا عنه أحاديث ليست في كتبه كان تلقنها بعد ما عمي.

وقال يحيى بن معين: أصله البئر جبار، ولكن صحفه معمر[٤]. وعلى هذا لا يكون لفظ النار ثابتاً في الخبر.

فالجواب: أما انتفاء كونه عبد الرزاق، فلا يستلزم انتفاء كونه مروياً له، إذ من الجائز أن يكون مسموعاً له في كتاب غيره، وإن روايته له مأخوذة عن ذلك الكتاب، وكذلك ما يذكر من التلقين: يجوز أن يكون مستنداً إلى ذلك الكتاب، بل متعين ذلك، فإن التلقين دائر بين كونه عن أصل مسموع وعن لا أصل.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في الأصل: «معلن ومعلن ومرمن»، والصواب ما أثبته في المتن.

(٣) هو: أحمد بن شبويه نقل عن الإمام أحمد أشياء منها، قال: قدمت بغداد على أن أدخل على الخليفة فآمره وأنهاه فدخلت على أحمد بن حنبل فاستشرته في ذلك فقال: إني أخاف عليك أن لا تقوم بذلك. وقال أيضاً: سمعت أحمد يقول: إذا كان الرجل كفوءاً للمرأة في المال والحسب إلا أنه يشرب المسكر، فإن المرأة لا تزوج به ليس به بكفيء لها. انظر: المقصد الأرشد (١١٤/١).

(٤) انظرك سنن الدارقطني (١٥٣/٣).

والثاني: غير جائز لما ترتب عليه من الطعن على من رواه عنه من الثقاة بغير حجة، وبناؤه أن التلقين إما منهم، أو ممن عداهم، والأصل عدم من عداهم فتعين كونه منهم، وإذا يتعين أن يكون ملقناً من ذلك الأصل المسموع.

وأما أن أهل اليمن يكتبون النار بالياء على الإمالة، فأوجب تصحيف البئر بالنار: فهذا يندفع برواية الجمع بين النار والبئر، وهو ثابت في كتاب النسائي، وابن ماجة[١] من جهة أحمد بن سعيد الرباطي[٢] وأحمد بن أزهر النيسابوري[٣] عن عبد الرزاق، وكذلك من رواية محمد بن أحمد الطهراني أيضاً، عن عبد الله الرزاق، ثم ذلك كله من أحمد ﷺ إنما هو في رواية عبد الرزاق كما تقدم عنه لا في رواية غيره فلا يتأثر به ثبوت الخبر، أما قول ابن معين، فجوابه ما ذكرنا من الجمع، والله أعلم.

فرع

يبس بناره أغصان شجر غيره، فعلى ما ذكرنا في مثله[٤] قال المصنف[٥]: إلا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمن لأن دخولها عليه غير مستحق، فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها، ومذهب الشافعي كذلك، انتهى.

---

(١) انظر: سنن ابن ماجه (٢/٨٩٢)، سنن النسائي الكبرى (٣/٤١٣).

(٢) هو الإمام الحافظ الحجة، أمير الرباط، أبو عبد الله، أحمد بن سعيد بن إبراهيم المروزي الرباطي الأشقر، توفي سنة (٢٤٥هـ)، وقيل: سنة (٢٤٣هـ). انظر: التهذيب (١/٢٧، ٢٨)، السير (١٢/٢٠٧، ٢٠٨).

(٣) هو: أحمد بن أزهر النيسابوري ابن منبع سليط الإمام الحافظ الثبت، أبو الأزهر العبدي، محدث خرسان في زمانه توفي سنة (٢٦١هـ)، وقيل: سنة (٢٦٣هـ). انظر: التهذيب (١/١٠).

(٤) سبق ذكره.

(٥) انظر: المغني (٧/٤٣٣).

المسألة الثانية:

سقى أرضه فتعدى على ملك الغير فأفسده، فإما مع عدم التفريط بكونه على وفق العادة فلا ضمان(١)، وبه قالت الشافعية(٢) لانتفاء العدوان، وللتولد عن فعل مباح، فهو كسراية القود، بخلاف ما لو حل زقاً فاندفق، فإن الحل عدوان، وأيضاً فالعادة خروج المائع بالحل، ولابد والتلف بالسقي ليس كذلك.

وأما مع التفريط: بأن يتوانى، أو يغفل عن الحبس، أو يرسل ما يغلب ويفيض فالضمان واجب(٣) وهو قول الشافعية(٤) لأنه بذلك متعدي فهو كسراية الجرح العدواني.

وإن أرسل قدر الحاجة فتعدى من ثقب يربوع(٥) أو جحر فأرة ونحوه، فإن لم يعلم فلا ضمان، ذكره أصحابنا(٦) وأصحاب الشافعي(٧) لانتفاء التفريط، وإن علم ولم يحيط ضمن لوجود التفريط، وكذلك ما لو علم الوصول لاستغلال ملك الغير عن أرضه يجب

(١) انظر: المغني (٤٣٢/٧، ٤٣٣)، الكافي (٤١٣،٢)، الشرح الكبير (٤٤٦/٥)،المبدع (١٩٢/٥، ١٩٣)، الإنصاف كشاف القناع (١٢٠/٤، ١٢١)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣، ٩٠٠).

(٢) انظر: المهذب (٣٧٥/١)، روضة الطالبين (١٧٥/٧)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٤).

(٣) انظر: المغني (٤٣٣/٧)، الكافي (٤١٣/٢)، الشرح الكبير (٤٤٦/٥، ٤٤٧)، المبدع (١٩٢/٥، ١٩٣) كشاف القناع (١٢٠/٤، ١٢١)، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣، ٩٠٠).

(٤) انظر: المهذب (٣٧٥/١)، روضة الطالبين (١٧٥/٧)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٤).

(٥) في الأصل (نر بو ح) والصواب ما أثبته في المتن.

(٦) انظر: المغني (٤٣٣/٧)، الكافي (٤١٣/٢)، الشرح الكبير (٤٤٦/٥، ٤٤٧)، المبدع (١٩٢/٥، ١٩٣) كشاف القناع، شرح منتهى الإرادات (٨٩٩/٣، ٩٠٠).

(٧) انظر: المهذب (٣٧٥/١)، روضة الطالبين (١٧٥/٧)، تكملة المجموع شرح المهذب (٢٨٧/١٤).

الضمان حكاه القاضي، وابن عقيل لتسليط ما هو متلف فهو كالنار.

فرع

أرسل الماء أو أجج النار في ملك لا يملك الانتفاع به، فالسراية مضمونة بكل حال قاله المصنف[١] وغيره لأنها سراية عدوان فهي كسراية القطع العدواني.

تنبيه:

قوله: أسرف فيه أو فرط: يغني عنه الاقتصار على لفظ (التفريط) لدخول (الإسراف) فيه[٢].

فصل

ذكر ابن عقيل في فصوله، وصاحب التلخيص أنه إذا أحدث حبة لحمام، أو بركة للماء، أو كنيفاً[٣] أو مستحماً فنز إلى جادر جاره فأوهاه أو هدمه ضمنه. لأن هذه الأسباب تتعدى.

قالا: وللجار منعه من ذلك إلا أن يبني حاجزاً محكماً يمنع النز: زاد ابن عقيل: أو يبعد الحبة بحيث لا يتعدى النز إلى جدار جاره[٤].

وما قالا أَوَّلاً مبني على ما قالاً آخراً من المنع وهو المعروف من المذهب لأنه إذاً سراية عدوان وعلى ما حكى بعض الأصحاب من عدم المنع لا يجب الضمان وهو قول الشافعي[٥] لأن الملاك لا يستغنون عن

---

(١) انظر: المغني (٤٣٣/٧).
(٢) انظر: الإنصاف (٢٢٤/٦).
(٣) الكنيف: الساتر لأنه يستر. انظر: الصحاح (١٤٢٤/٤)، المطلع (٢٦٦).
(٤) انظر: كشاف القناع (١٢٣/٤).
(٥) انظر: روضة الطالبين (١٧٥/٧).

مثله. إلا أن يقضي بمخالفة العادة في سعة الحفيرة، أو يجعلها قريبة من الجدار، على خلاف العادة فيضمن قولاً واحد؛ لأنه إتلاف وتعد.

وكذا ما لو أسند خشباً[١] إلى جدار الغير، فأفسده يضمن قولاً واحداً لذلك، وأيضاً فله مندوحة عن الإسناد إليه[٢].

فصل

والدق الذي يهد الجدار مضمون السراية لأنه عدوان محض ذكره ابن عقيل[٣] فإن أسقط جداراً أو زاده وهناً وضعفاً فقال: يجب الضمان لتعاطي ما هو متلف وما منه على وفق العادة فغير مضمون لأنه سراية فعل مباح.

قال: (وإن حفر في فنائه[٤] بئراً لنفسه، ضمن ما تلف بها، وإن حفرها في سابله[٥] لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)[٦]، انتهى.

حفر البئر إما مع العدوان أولا.

فإن كان معه: وجب الضمان، كما في ناصب السكين، وواضع الحجر بجامع الشركة في السبب العدواني[٧]، وهو مما تقدم من التصرف

---

(١) في الأصل حسا والصواب ما اثبته في المتن.
(٢) انظر: روضة الطالبين (١٧٨/٧).
(٣) انظر: كشاف القناع (١٢٣/٤).
(٤) الفناء: بكسر الفاء ممدوداً، وهو سعة إمام البيت، قال الجوهري: هو ما امتد بين جوانب الدار. انظر: المصباح المنير (٥٨٠/٢)، المطلع (٢٧٧).
(٥) السابله: الطريق المسلوك وجمعها سوابل. انظر: المصباح المنير (٣١٤/١)، المطلع (٢٧٧).
(٦) انظر: المقنع (٢٥٣/٢، ٢٥٤).
(٧) انظر: المغني (٨٨/١٢)، الكافي (٦١/٤)، كشاف القناع (١٢١/٤، ١٢٢) (٧/٦)، شرح منتهى الإرادات (١٤٩٠/٥)، حاشية الروض المربع (٢٨٩/٧).

الممنوع منه إذا انعقد سبباً للإتلاف، وقد نقل التضمين بالحفر عدواناً عن علي ﷺ، وقال به شريح والشعبي والنخعي وحماد والثوري، وإسحاق[(١)] والأئمة الثلاثة[(٢)].

وها هنا صور[(٣)] إحداها: حفر في فنائه لنفسه لا لعموم المسلمين فإيجاب الضمان به منصوص له من رواية إبراهيم بن هانئ. وسئل عن رجل حفر بئراً في داره قال: هو جبار وفي فنائه يلزمه. ونص أيضاً عليه من رواية غيره، وإنما كان عدواناً لوقوعه في ملك غيره[(٤)].

وكذلك ما لو جعل نصفها في فنائه ونصفها في ملكه، قال الحسن بن ثواب: قلت لأحمد: فإن حفر نصفها في حده ونصفها في فنائه فوقع فيها رجل قال: يضمن ووجهه وقوع العدوان[(٥)].

الثانية: حفر في سابلة ضيقة، فوجب الضمان؛ لأنه لا يختلف المذهب فيه. وليس بداخل فيما أورده

من الخلاف، وإن كان ظاهرا الإيراد يشمله[(٦)].

قال أحمد: في رواية مهنا إذا حفر في الطريق فعليه، وفي روايه

---

(١) قول علي وشريح والشعبي والنخعي وحماد والثوري وإسحاق نقله ابن قدامة في المغني (١٢/ ٨٨).

(٢) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٣٣٧)، المهذب (٢/ ١٩٣)، الشرح الصغير على أقرب المسالك (٥٨٧)، المبسوط (٢٧/ ١٤).

(٣) هناك خمس صور: سيأتي ذكرها.

(٤) انظر: الشرح الكبير (٥/ ٤٤٧)، الفروع (٤/ ٣٨٩)، المبدع (٥/ ١٩٣)، كشاف القناع (٤/ ١٢١)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٩٠٠)، حاشية الروض المربع (٥/ ٤١٦) ولم ينسبوه لإبراهيم بن هانئ.

(٥) انظر: كشاف القناع (٤/ ١٢١، ١٢٢)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٩٠٠)، ولم ينسباه على أحد.

(٦) انظر: المغني (١٢/ ٨٩)، الشرح الكبير (٩٥/ ٤٨٩)، كشاف القناع (٦/ ٨)، القواعد الفقهية ص(٢١٤)، الإنصاف (٦/ ٢٢٦).

حنبل إن حفر بئراً في طريق فسقط فيها أحد فإنه ضامن، وعن مهنا قلت لأحمد: حفرها في الطريق قال: يضمن، قلت: فإن حفر في طريق فسقط فيها إنسان فمات، قال: يكون عليه إذا حفر في طريق. قلت: بمكة وغير مكة سواء؟ قال: سواء(١).

وقال في رواية الحسن بن ثواب: إذا أجابه إلى طريق وهو يعلم أنه لا يكون ملكاً فحفر له شاركه في الضمان. انتهى.

وسواء حفر لنفسه، أو لعموم المسلمين لما فيه من الإضرار بالمارة، ولأن البقعة متعينة للمرور لعموم المسلمين، فالانتفاع بها في غير ذلك دواماً إبطال لحق المرور، فهو كإحداث بناء فيها وسواء أيضاً ما لو أذن الإمام أولا إذ لا أثر لإذنه في الضرر العام(٢).

الثالثة: حفر في ملك الغير بغير إذنه وهذا لا إشكال في عدوانه(٣).

قال يعقوب بن بختان: قيل لأحمد فالبئر عندي يضمن لأن البئر ليست في ملكه.

وقال في رواية الحسن بن ثواب: إن علم يعنى الحفار أن هذا الذي حفر لهم لم يكن لهم ضمن انتهى(٤).

ثم إن رضي المالك ببقاء البئر فهل ينزل منزلة الرضى بالحفر ابتداء

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٨٨) وابن رجب في القواعد الفقهية ص(٢١٤) قاعدة رقم (٨٨) ولم ينسباه إلى أحد.

(٢) انظر: المغني (١٢/ ٩٠)، الكافي (٦١/٤، ٦٢)، الشرح الكبير (٤٤٧/٥، ٤٤٨)، الإنصاف (٢٢٦/٦)، كشاف القناع (١٢١/٤، ١٢٢)، حاشية الروض المربع (٤١٦/٥، ٤١٧).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٨٩)، الكافي (٦١/٤)، كشاف القناع (٨/٦).

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٩٣)، كشاف القناع (١٢٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠١/٣) ولم ينسباه إلى أحد.

فيه وجهان لنا وللشافعية تقدما في مسألة ما إذا غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فوضع ترابها في أرض مالكها. وجزم القاضي بأنه كوجوده ابتداء، ولو حفر في الملك المشترك بدون إذن شريكه فكذلك يستقل بالضمان[١] وبه قال الشافعي[٢]، وقال أبو حنيفة[٣] عليه النصف، وإن كانت الشركة مع اثنين، فالثلثان لتعديه على اثنين.

وقال أبو يوسف: عليه النصف كما مع واحد جعلا للعدوان جهة واحدة، فهو كجارحين جرح أحدهما جرحين[٤] وآخر جرحاً[٥].

ولنا: أنه حفر مقترن بالعدوان، فأوجب كل الضمان، كما في خالص ملك الغير، وقد أورد على أبي يوسف الحفر في الجادة فإن له فيه حقاً، ومع هذا يتضمن الجميع، وليس بالمتين، فإن حقه في الجادة ليس بحق ملك، وإنما هو حق ارتفاق بالمرور فهو كحق الارتفاق بالجلوس في المسجد، فالحفر محض عدوان بخلاف ما نحن فيه[٦].

الرابعة: حفر في طريق واسع لكن في بقعة تضر بالمارة، فكما لو كان الطريق نفسه ضيقاً وقد ذكرناه[٧]. ولا فرق بين كونه لمصلحة عامة أو خاصة ولا بين إذن الإمام[٨].

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٢)، الشرح الكبير (٧٨٩/٩)، المبدع (١٩٣/٥)، كشاف القناع (٨/٦).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٧٣/٧).

(٣) انظر: الجامع الصغير ص٥١٤ جاء فيه يضمن شريكه فلو كان له شريكان لضمن ثلثي التألف.

(٤) في الأصل جرحات والصواب ما أثبته في المتن.

(٥) انظر: المغني (١٢/ ٩٢)، الشرح الكبير (٤٨٩/٩)، الجامع الصغير (ص٥١٤).

(٦) انظر: المغني (١٢/ ٩٢)، الشرح الكبير (٤٩٠/٩).

(٧) سبق ذكره.

(٨) انظر: المغني (١٢/ ٨٩، ٩٠)، الشرح الكبير (٤٨٩/٩)، الإنصاف (٢٢٦/٦)، كشاف القناع (١٢٢/٤) (٨/٦).

الخامسة: حفر في الطريق الواسع لنفسه بدون إذن الإمام أو بإذنه فالضمان واجب[١]، كما في المتقدم[٢]، وقد أوردنا عن أحمد ما يتناوله[٣].

وقال في رواية ابن بختان: البئر عندي تضمن لأن البئر ليست في ملكه، إلا أن يكون بئراً أحدثها لماء المطر، فإن هذا منفعة للمسلمين فأرجو أن لا يضمن، فدل على أن الضمان في الأول إنما هو في المصلحة الخاصة ولا بد[٤].

ونص من رواية ابن ثواب في الرجل يحفر بئراً ـ يعني: في الطريق ـ إن كان مما أراد به النفع لداره أو ليحدث فيها الشيء ضمن. انتهى.

والذي ذكرنا[٥] هو ما أورده البغوي، وأبو المعالي الجويني، والغزالي، عن مذهب الشافعي والذي حكاه العراقيون عنه إن أذن الإمام لم يضمن وإلا ضمن[٦]، وبه قال أبو حنيفة وبناه أصحاب الشافعي[٧] على أن للإمام أن يقطع من الشوارع الواسعة ما لا يضر المارة.

ولنا: أنه إبطال المرور وتصرف في الحق المشترك بدون إذن فكان عدواناً موجباً للضمان، كما في الطريق الضيق، وما بنوه عليه غير مسلم، وهذه والتي قبلها، والثانية ربما دخلن في الصورة الأولى.

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٠)، الشرح الكبير (٤٨٩/٩)، الإنصاف (٢٢٦/٦)، كشاف القناع (٨/٦). القواعد الفقهية ص(٢١٤) قاعدة (٨٨).
(٢) سبق ذكره.
(٣) سبق ذكرها.
(٤) انظر: المغني (١٢/ ٩٠)، الشرح الكبير (٤٨٩/٩)، المبدع (١٩٣/٥).
(٥) سبق ذكره.
(٦) انظر: روضة الطالبين (١٧٣/٧)، ذكر فيه قول العراقيين والغزالي، الطبعة المحققة.
(٧) انظر: روضة الطالبين (١٧٣/٧).

وأما مع عدم العدوان فله أيضاً صور منها الحفر في ملكه أو في ملك غيره بإذن فلا ضمان(١).

وقال مهنا: سألت أحمد عن رجل حفر بئراً بمكة في داره ليس عليه شيء؟ قال: لا(٢).

وقال حرب: قيل لأحمد رجل حفر بئراً في داره أو أرضه فسقط فيها إنسان؟ قال: إذا كان في ملكه وداره، فلا أعلم عليه شيئاً.

وعن مهنا أيضاً قال: سألت أحمد قلت: البئر يكون في دار الرجل يسقط فيها الرجل فيموت؟ قال: نعم هدر.

وقال إبراهيم بن هانئ: سمعت أبا عبد الله سئل عن رجل حفر بئراً في داره قال: هو جبار. انتهى(٣).

وهذا مما لا خلاف فيه وقد دل عليه ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ: «**العجماء جرحها جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس**» متفق عليه(٤).

وسواء حفر في دهليز الدار أو غيره هذا قول الشافعي(٥) في أحد قوليه، وفي الآخر يضمن في الدهليز؛ لأنه مما يخفى فلا يشعر به.

ولنا: أنه بقعة من ملكه يباح له التصرف فيها، فكان له حفرها

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٠)، الشرح الكبير (٩/٤٨٩)، المبدع (٥/١٩٣).

(٢) انظر: المغني (١٢/ ٨٩)، الشرح الكبير (٩/٤٨٨)، ولم ينسبه لأحد.

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٩٣، ٩٤)، الشرح الكبير (٩/ ٤٩٠)، الإرشاد (ص٤٦٤) ولم ينسبوه لأحد.

(٤) أخرجه البخاري، في: باب من حفر بئراً في ملكه لم يضمن، من كتاب المساقاة، وفي: باب في الركاز الخمس، من كتاب الزكاة، وفي: باب المعدن جبار والبئر جبار، وباب العجماء جبار، من كتاب الديات صحيح البخاري (٣/١٤٥، ٢/ ١٦٠، ٩/ ١٥، ١٦) ومسلم في باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار، من كتاب الحدود. صحيح مسلم (٣/١٣٣٤، ١٣٣٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٧/١٧٢).

كباطن الدار، وإما إنه يخفى، فإن كان بهذه المثابة ولم يعلم المالك الداخل، فالضمان واجب، ولا يختلف بالدهليز وغيره، وليس ذلك فرض المسألة.

ومنها: الحفر في موات للتملك والارتفاق بها، أو الانتفاع العام فلا ضمان أيضاً[١] نص عليه في رواية حرب بن إسماعيل وسأله فقال: رجل أتى صحراء لا يملكها أحد، فحفر بئراً على الطريق لابن السبيل، قال: هذا لا يملكه أحد، فإن هذا متى حفر البئر وحازه وصار ملكاً له، فليس عليه ضمان، وهذا أيضاً مما لا خلاف فيه أعلمه، والأصل فيه ما قدمنا[٢] من الخبر، ولأنه غير متعد فأشبه ما لو كان في ملكه.

ومنها: حفر في طريق واسعة حيث لا ضرر كما لو (لفنه)[٣] ونحوها للمصلحة العامة، إما لمائها أو لتضاف الأمطار إليها من الطرق، ففيه روايتان؛ إحداهما: انتفاء الضمان[٤].

قال في رواية ابن بختان: البئر عندي يضمن إلا أن يكون بئراً أحدثها لماء المطر، فإن هذا منفعة للمسلمين، فأرجو أن لا يضمن[٥].

وفي كتاب الورع للمروزي: سألت أبا عبد الله عن بئر حفرت في السبيل[٦] للمسلمين فحفر إليها رجل من داره مجرى (....)[٧]

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٨٩)، الكافي (٤/ ٦٢)، الشرح الكبير (٩/ ٤٨٩)، الإنصاف (٦/ ٢٢٧)، كشاف القناع (٤/ ١٢٢)، (٦/ ٨)، شرح منتهى الإدرات (٣/ ٩٠٠)، الإرشاد (ص٤٦٤).

(٢) أي خبر النبي ﷺ (العجماء جرمها جبار والبئر...).

(٣) في هذا الموضع كلمة غير واضحة لعله يقصد بها ما قد أثبته في المتن.

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٩٠)، الشرح الكبير (٥/ ٤٤٨)، المبدع (٥/ ١٩٣، ١٩٤)، شرح منتهى الإرادات (٣٩٠٠)، حاشية الروض المربع (٥/ ٤١٧).

(٥) انظر: المغني (١٢/ ٩٠)، المبدع (٥/ ١٩٣) ولم ينسباه له رواية ابن بختان انظر: الروايتين (٢/ ٢٨٩).

(٦) في المخطوط كتبت النبيل ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(٧) في هذا الموضع زيادة في المخطوط هي: «إليها رجل من دراه مجرى».

ليجري الماء من البئر المسلية إلى بئره. قال: هذا لا يصلح تجوزه دون الناس، وإنما هي مشتركة وهذا إقرار للبئر المسبلة في الطرق.

وهذا ما صحح المصنف[(١)] وأبو الخطاب في كتابه[(٢)] وغيرهما.

وجزم به ابن أبي موسى[(٣)]، والقاضي في الجامع الصغير، وأبو الفرج الشيرازي[(٤)]، وذهب إليه مالك[(٥)] والشافعي[(٦)] وغيرهما؛ لأنه معونة للمسلمين بفعل ما جرت العادة به، فينتفي الضمان لانتفاء التعدي. والثانية: الضمان.

قال إسحاق بن إبراهيم في مسائله: سئل أحمد عن الرجل يريد أن يحتفر بئراً للمسلمين، قال: ما لم يكن على طريق المسلمين، فلا بأس به. قال أيضاً: وسئل عن رجل أوصى إلى رجل أن يحفر بئراً في طريق ملكه، أو في السبيل. فقال: يحفر بئراً للمسلمين عامة، ولا يحفر على طريق المسلمين. انتهى[(٧)] وهو متناول للواسع والضيق.

وقال في رواية المروزي: أكره الشرب من هذه الآبار التي في الطريق، قد كان أبو بكر المشكاني أوصى أن يحفر له بئراً فسألوني، فقلت لهم: لا تحفروا له في شيء من الطريق، وهو ظاهر في المنع من البئر المسبلة في الطريق.

ومثله ما روى المروذي أيضاً قال: سألت أبا عبد الله عن الرجل

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٠).
(٢) انظر: الهداية لأبي الخطاب (١/١٩٦).
(٣) انظر: الإرشاد (ص٤٦٤).
(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٥).
(٥) انظر: الخرشي (٦/١٣٢)، بداية المجتهد (٤/١٣٧).
(٦) انظر: المهذب (٢/١٩٣)، روضة الطالبين (٧/١٧٣)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢٠).
(٧) انظر: المغني (١٢/ ٩٠)، الشرح الكبير (٥/٤٤٨).

يحفر في فناء المسجد بئراً لماء المطر قال: في الطريق؟ قلت: هو حريم المسجد. قال: ما يعجبني أن يحفر بئراً في الطريق، وإن كانت حفرت تطم.

وذلك كله مقتض للعداونية لما قدمنا[١] من حق المرور، والتصرف في الحق المشترك، فيجب الضمان لوقوعه سبباً. وهذا له قوة وإن كان المصنف، وأبو الخطاب وغيرهما صححوا خلافه[٢].

ثم لا فرق بين إذن الإمام وعدمه لإطلاق نصه في الروايتين، وهو ما أطلق المصنف[٣] ها هنا، وأبو الخطاب[٤]، وصرح به المصنف في الكتاب الكبير[٥].

ومن الأصحاب من اعتبره، وجعل محل الخلاف ما إذا لم يأذن أما إذا أذن فلا ضمان رواية واحدة[٦].

وهذه طريقة القاضي في المجرد، وكتاب الروايتين[٧]، وابن عقيل، والسامري، وصاحب التلخيص، وغيرهم[٨].

وأخذه القاضي من نصه في رواية الحسن بن ثواب[٩]وسأله عن رجل حفر بئراً، قال: إن كان مما أخذ به إذن[١٠] السلطان فلا يضمن، وإن كان مما أراد به النفع لداره، أو ليحدث فيها الشيء ضمن وضمن

---

(١) سبق ذكره.
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٦).
(٣) انظر: المقنع (٢٥٣، ٢٥٤).
(٤) انظر: الهداية (١/١٩٦).
(٥) انظر: المغني (١٢/ ٩٠).
(٦) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٦).
(٧) انظر: الروايتين (٢/٢٨٩).
(٨) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٦).
(٩) انظر: الروايتين (٢/٢٨٩).
(١٠) لعل ما بين القوسين زيادة لازمة.

الحفار معه، قيل له: هذا الحفار يحفر بدرهم ويضمن، قال: إذا أجابه إلى الطريق وهو يعلم أنه لا يكون ملكاً له، فحفر له شاركه في الضمان.

وأظهر منه ما نص من رواية بكر بن محمد[١] عن أبيه: أكره الصلاة في المسجد الذي يؤخذ من الطريق إلا أن يكون بإذن الإمام[٢].

وأورده القاضي في الصلح من التعليق الكبير واعتباره كما قال: هؤلاء طريقة أصحاب الشافعي[٣]، فإنهم حكوا عن نصه القديم الضمان عند عدم الإذن ووجهه: بأن الإمام نائب عن المسلمين، وناظر لهم، فالحفر بغير إذنه افتيات وعدوان، فأوجب الضمان، والصحيح عدم الاعتبار، كما أوردنا من نصوصه المطلقة في خصوص المسألة.

ورواية ابن ثواب ليست من ذلك في شيء، وإنما على سقوط ضمان المكره، ولهذا لم يسقطه بحفره لآحاد الرعية، حيث لا إكراه، وهو ظاهر لمن تأمل ودليل عدم الاعتبار أنه لا نص فيه ولا إجماع، ولا قياس معتبر، فالقول به تحكم، وما يذكر من بنائه[٤] ونظيره، فإنما هو في أمور مخصوصة، فإلحاق محل النزاع بها. يفتقر إلى دليل، ولكن السائغ من نظيره ما كان على وفق المصلحة دون ما خالفها، فدار الحكم معها وجوداً وعدماً، فالمصلحة بمجراها هي المناط فلا تأثير للإذن.

وسلك المصنف في تقرير ما قلنا طريقة أخرى. فقال: لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه، ويشق استئذان الإمام فيه، وتعم البلوى به

---

(١) هو: أبو أحمد بكر بن محمد النسائي البغدادي، كان الإمام أحمد يقدمه ويكرمه، عنده مسائل كثيرة سمعها منه وبعضها عن أبيه. انظر: طبقات الحنابلة (١١٩/١، ١٢٠).

(٢) انظر: الفروع (٣٨٨/٤)، المبدع (١٩٤/٥)، الإنصاف (٢٢٦/٦).

(٣) انظر: المهذب (١٩٣/٢)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٦/١٩).

(٤) كتبت في المخطوط (بيان) ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

ففي وجوب استئذان الإمام تفويت لهذه المصلحة العامة، لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة استئذانه، وكلفة الحفر معاً، فتضيع هذه المصلحة، فوجب إسقاط استئذانه، كما في سائر المصالح العامة، من بسط حصير في مسجد، أو تعليق قنديل فيه، أو رم شعث وأشباه ذلك. انتهى(١).

وكذلك الحفر في فناء المسجد يجري فيه مجرى ما في الطريق من الخلاف، واعتبار المصلحة العامة، والسعة، والضيق(٢).

وقد أوردنا نص أحمد من رواية المروزي فيه(٣).

فصل

قال المروذي: سألت أبا عبد الله عن الرجل يحفر في فنائه البئر، أو المخرج المغلق قال: لا، هذا طريق المسلمين، قلت: لأبي عبد الله إنما هي بئر يحفر ويسد رأسها، قال: أليس في طريق المسلمين أكره هذا كله(٤). فنص على المنع مع زوال مفسدة السقوط فيحتمل ثبوت الضمان في التلف بالسقوط إن حصل؛ لوجود مطلق العدوان، وهو الظاهر من إطلاق الجماعة، ويحتمل سقوط الضمان، لأن السبب غير صالح في العادة، كحصول الفساد بالنواة الملقاة ونحوها، ولا يكفي مطلق، فإنه باقٍ باعتبار ما بقي من المفسدة كالتغير ونحوه مما عدا مفسدة السقوط، ولهذا نقول بوجوب الضمان بإزائه، فإن الفعل إنما هو باعتبار مفسدته، ولهذا لم يكن إلقاء النواة والحصاة عدواناً، لأنه لا مفسدة فيه. وإذا نجز

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٠)، الشرح الكبير (٥/٤٤٨)، المبدع (٥/١٩٤).
(٢) انظر: المغني (١٢/ ٩٠)، الشرح الكبير (٥/٤٤٨)، المبدع (٥/١٩٤).
(٣) سبق ذكره.
(٤) انظر: القواعد الفقهية قاعدة (٨٨) ص(٢١٧).

هذا، فالمفسدة قد تتعد فيتعدد العدوان بتعددها، فإذا انتفى بعضها انتفى ما بإزائه من العدوان، فيجب أن ينتفي الضمان للسقوط دون غيره، فلو سقط حيوان أو غيره لم يضمن، ولو أطارت الريح ثوباً أو نحوه وسقط فيها ضمن لصلاحيته للسبب فيه دون الأول.

فصل

أذن في الدخول إلى ملكه، فسقط الداخل أو دابته في بئره، إن بينها مكشوفة، ولا مانع من التحرز، فلا ضمان؛ لأنه المتلف لنفسه، أو ماله، فكان كقتل نفسه أو دابته بآلة قدمها إليه، وإن لم يبنيها لعمى أو ظلمةٍ أو جهالة ولم ينبه حتى سقط فالضمان واجب[(١)] وبه قال شريح، والشعبي، والنخعي، وحماد[(٢)]، ومالك[(٣)] والشافعية[(٤)] في احد الوجهين، وفي الآخر لا، لأن التلف حصل بفعل نفسه.

ولنا: أن التلف مسبب عنه فأوجب الضمان كما في مثله[(٥)].

وإن دخل بغير إذن، فلا ضمان لوجود التعدي من الداخل، وانتفائه من المالك ولو اختلفا في الإذن فادعاه أو وليه وأنكره المالك، فالقول قوله لإنكاره[(٦)].

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٤)، الكافي (٤/ ٦٢)، الشرح الكبير (٩/ ٤٩٠)، المبدع (٨/ ٣٣٠)، كشاف القناع (٦/ ٨٠٧).

(٢) قول شريح والشعبي والنخعي وحماد. ذكره ابن قدامة في المغني (١٢/ ٩٤).

(٣) قول مالك أشار إليه ابن قدامة في المغني (١٢/ ٩٤).

(٤) انظر: المهذب (٢/ ١٩٣)، روضة الطالبين (٧/ ١٧٢)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ١٦).

(٥) انظر: المغني (١٢/ ٩٤)، الشرح الكبير (٩/ ٤٩٠).

(٦) انظر: المغني (١٢/ ٩٤)، الشرح الكبير (٩/ ٤٩٠، ٤٩١)، كشاف القناع (٦/ ٧، ٨)، شرح منتهى الإرادات (٥/ ١٤٩٠، ١٤٩١).

وإن قال: أعني المالك كانت مكشوفة، وقال الآخر: كانت مغطاةً، ففي المغني[١] القول قول وليِّ الواقع، قال: لأن الظاهر معه أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها، قال: ويحتمل أن القول قول المالك وهذا الصحيح؛ لأنه في الحقيقة والأصل البراءة وعدم التغطية.

فصل

حفر الحفار حيث يحرم الحفر، عالماً بالحال، فإما أن يأخذه السلطان به فلا يضمن، نص عليه من رواية الحسن بن ثواب وقد مرت[٢] لأنه مكره فكما لو لم يعلم الحال بجامع عدم القصد والضمان على السلطان لتسببه وكذلك ما لو كان المكره غيره، وهذا المفهوم من كلام السامري، وصاحب التلخيص وغيرهما، لما ذكرنا[٣]، وإمَّا أن يحفر لآحاد الرعية، فالمنصوص الشركة في الضمان.

قال في رواية ابن ثواب: إن كان مما أراد به النفع لداره، أو ليحدث فيها الشيء ضمن وضمن الحفار معه، قيل له: يحفر الحفار بدرهم ويضمن؟ قال: إذا أجابه إلى الطريق وهو يعلم أنه لا يكون ملكاً له شاركه في الضمان وقد تقدم[٤] لاشتراكهما في السبب.

وقال القاضي، وابن عقيل[٥]، والمصنف[٦] وغيرهم: يضمن الحفار دون المستحفر هو السبب وقد استقل به فاستقل بالضمان، كما لو قتل بأمر الغير.

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٤).
(٢) سبق ذكره.
(٣) سبق ذكرها.
(٤) سبق ذكره.
(٥) انظر: الإنصاف (٦/ ٢٢٥).
(٦) انظر: المغني (١٢/ ٩٣)، الإنصاف (٦/ ٢٢٥).

ووجه الأول: وهو مقتضى إيراد ابن أبي موسى أن التلف ناشىء عن البئر نفسها، وهي منسوبة إلى المستحفر، وعن الحفر نفسه وهو منسوب إلى الحفار، فوجب اشتراكهما ضماناً لاشتراكهما سبباً وليس من قبيل ما قاسوا عليه، فإنه من باب قطع المباشرة للسبب فأحيل على القاتل دون الآمر، وفيه بحث(١).

فرع

قال ابن ثواب لأحمد: فإن حفر نصفها في حده، ونصفها في فنائه، فوقع فيها رجل، قال: يضمن ولا يضمن الحفار، قلت: لأن هذا نصفها في حقه قال: نعم وهو مشكل جداً، فإن العدوان واقع بحفره في الفناء، فكيف يسقط عنه حفره في الملك، والقياس الحالي على ما قال أولاً الشركة في ضمان النصف لوقوع العدوان فيه، وعلى قول القاضي وموافقيه استقلال الحفار بالضمان على ما تقدم(٢).

فصل

جهل الحفار الحال، فالضمان على المستحفر دونه(٣).

قال ابن ثواب: قلت ـ يعني: لأحمد ـ: فإن أجبر الحفار؟ قال: إن علم أن هذا الذي حفر لم يكن لهم ضمن. وإن قال: جئت إلى شيء أظن أنه ملك لهذا، فليس عليه شيء.

وهذا ما قال القاضي، وابن عقيل وغيرهم: لأنه غار فكما لو أمر عبده الأعجمي فقتل فإن القود عليه دون العبد.

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٥).

(٢) سبق ذكره.

(٣) انظر: المغني (١٢/٩٣).

وذكر ابن أبي موسى في مسألة: البنا إذا جهل عدوان الأمر أنه يرجع عليه بما غرم، وهذا مثله فتقييد الشركة في أصل الضمان، لكن يرجع على المستحفر كما يرجع الخياط بغرامة الثوب المغصوب إذا فصله جاهلاً بالحال.

فصل

كان الحفار عبداً، وحفر بأمر سيده، فالضمان على السيد، كذلك قال السامري وصاحب التلخيص وغيرهما[١]، ونص أحمد عليه من رواية ابن ثواب، قال في رجل حفر فنائه فعطب به رجل: إن كان أمر عبده لزمه؛ لأن السيد متسبب والعبد آلة[٢].

قال علي ﷺ: إنما هو بمنزلة سوطه[٣] أو سيفه، وهذا إن كان ممن يجهل الحال فلا إشكال فيما أطلق الأصحاب، وإن كان ممن يعلمه ففيه ما في مسألة القتل بأمر السيد وإن علم الحرمة وفيها روايتان[٤]:

إحداهما: القود على السيد دون العبد على وفق الإطلاق هاهنا.

والأخرى: القود على العبد فيتعلق هاهنا الضمان بالرقبة، كما لو لم يأمر السيد؛ لأن المأمورية معصية، ولا طاعة لمخلوق في معصية الله تعالى، وإن حفر لا بأمر السيد؛ تعلق الضمان برقبته، كسائر جناياته، ثم إن أعتقه السيد بَعدُ فضمان ما يتلف حينئذ على العتيق. هذا ما قال في «المغني»[٥] وقول الشافعي[٦].

وقال صاحب «التلخيص» وغيره: الضمان على المعتق بقدر قيمة

(١) انظر: المستوعب (٢/ ٣٥١).
(٢) انظر: المغني (٦/ ٤٩٦).
(٣) في الأصل: (سقوطه)، والأنسب ما أثبته.
(٤) انظرهما في: الإنصاف، كتاب الغصب (٦/ ٢٢٨).
(٥) انظر: المغني (٨/ ٣٣٥).
(٦) انظر: الحاوي (٨/ ٤٩).

العبد فيما دون. وأراه قول أبي حنيفة لوجوب السبب حال الرق، والضمان بذلك حالتئذ على السيد، فلا يسقط بإعتاقه، كما لو جرح في رقه، ثم سرت الجراحة بعد عتقه، وتوجيه الأول، وهو الأصح إن شاء الله. إن التلف وجد بعد الإعتاق فأوجب الضمان عليه، كما لو اشترى سكيناً حالة الرق، ثم جرح بها بعد العتق، ولا كذلك ما ذكروه، فإن التلف وجد ابتداؤه زمن الرق وإنما انتهى زمن الحرية؛ فلذلك وجب على السيد.

فصل

وتنقية الطريق وتسوية الهدفة[(١)] فيها، وقلع حجر يضر المارة، ووضع الحصى في حفرة فيها ليملأها: ووضع حجر في طين أو ماء للمرور لا يوجب ضماناً ذكره في المغني[(٢)] لأنه به محسن ولا ضمان على المحسن وهذا مما لا خلاف فيه[(٣)].

قال: (وإن بسط في مسجد حصيراً أو علق قنديلاً لم يضمن ما تلف به، وإن جلس في مسجد أو طريق واسع فعثر به حيوان لم يضمن في أحد الوجهين[(٤)]، وإن أخرج جناحاً[(٥)] أو ميزاباً[(٦)] إلى الطريق فسقط على شيء أتلفه ضمن)[(٧)].

---

(١) الهدفة: الهدف: كل شيء مرتفع، من بناءٍ، أو كثيب رمل أو جبل، ومنه سمي الغرض: هدافاً. انظر: الصحاح (٤/١٤٤٢)، المطلع (٣٨٦).
(٢) انظر: المغني (١٢/ ٩١).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٧).
(٤) الوجه الثاني: يضمن. انظر: المبدع (٥/١٩٥) الإنصاف (٦/ ٢٣٠).
(٥) جناحاً: سمى ما يخرج إلى الطريق من الخشب جناحاً. انظر: المطلع (٢٥١).
(٦) ميزابا: الميزاب: معروف، وفيه أربع لغات، مئزاب باهمز وتركه، ومرزاب بتقديم الراء، ومزراب بتقديم الزاي، حكاهن أبو عبد الله بن ملك في كتابه المسمى بـ(النظم الأوجز فيما يهمز وما لا يهمز). انظر: المطلع (٢٧٧).
(٧) انظر: المقنع (٢/٢٥٤).

الطريق: يذكر ويؤنث واستعمله مذكراً حيث وصف بالتذكير وبنى على المبالغة لتكرر الطرق فيه من باب فعيل بمعنى مفعول(١).
والميزاب: المصب المعروف يهمز ويجوز تسهيله وهو مفعال من أزب الماء إذا جرى، وقيل: فارسي معرب معناه بالفارسية بل الماء. حكاه ابن سيده(٢). والمرزاب باللغه قال الجوهري(٣): وليست بالفصيحة وأنكرها أبو عبيدة.

وفي الجملة مسائل(٤) الأولى: فعل في المسجد ما تعم مصلحته: كبسط حصيراً، أو تعليق قنديلاً، أو نصب عامود، أو باب، أو رف، أو بناء جدار، أو سقف، أو إيقاد مصباح، فلا ضمان لما أتلف به أذن الإمام أو متولى المسجد أو جيرانه فيه أو لا(٥).

هذا ما حكى المصنف(٦)، والقاضي في الجامع الصغير، وأبوالخطاب(٧)، والشريفان أبو جعفر، وأبو القاسم الزيدي، والسامري في آخرين عن المذهب(٨). وأصله ما نص عليه من رواية ابن بختان في مسألة الحفر إلا أن يكون بئراً أحدثها لماء المطر، فإن هذا منفعة للمسلمين، فأرجو أن لا يضمن(٩).

---

(١) انظر: الصحاح (١٥١٣/٤)، المطلع (ص١٣).
(٢) لم أقع على ما حكاه ابن سيده.
(٣) هو إسماعيل بن حماد الجوهري: إمام العربية مؤلف الصحاح من أعظم رواد المعجمات العربيه انظر: الصحاح (٨/١).
(٤) ذكر الشارح أربع مسائل: سيأتي ذكرها إن شاء الله.
(٥) انظر: المغني (٩١/١٢)، الشرح الكبير (٤٤٩/٩)، المبدع (١٩٥/٥)، الإنصاف (٢٢٩/٦)، كشاف القناع (١٢٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٣٠١/٣).
(٦) انظر: المقنع (٢٥٤/٢).
(٧) انظر: الهداية (١٩٦/١).
(٨) انظر: الإنصاف (٢٢٩/٦).
(٩) رواية ابن بختان سبق ذكرها.

وكذلك نصه من رواية إسحاق بن منصور[١]: من لم يكن له شيء يفعله في طريق المسلمين ففعله فأصاب شيئاً فهو ضامن، فإن المفهوم منه انتفاء الضمان لما ينشأ عن الفعل المباح في الطرق وما نحن فيه من هذا المعني.

وخرج أبو الخطاب، وأبو الحسن بن بكروس، رواية بالضمان بناءً على الضمان في البئر[٢].

ولا يصح. لأن الحفر عدواناً لإبطال حق المرور. وكذلك ما نحن فيه[٣] وذكر القاضي في المجرد، وكتاب الروايتين: إن أذن الإمام: فلا ضمان. وإن لا فعلى وجهين. بناءً على البئر[٤]. وتبعه على ذلك ابن عقيل في الفصول، وقد مرَّ الكلام في البئر[٥] وإن المذهب عدم اعتبار الإذن لها، مع أنهما قالا: وقال أصحابنا في بواري[٦] المسجد لا ضمان على فاعله وجهاً واحداً سواءً كان بإذن الإمام أو بغير إذنه؛ لأن هذا من تمام مصلحته. انتهى[٧].

وما صار إليه طريقة الشافعية ثم أشار الرافعي إلى أنه لا ضمان إذا لم يأذن على الجديد الأظهر[٨]. وعن أبي حنيفة[٩] يضمن إذا لم يأذن

---

(١) رواية ابن إسحاق بن منصور لم أجدها في مسائله.
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٩)، الهداية (١/١٩٦).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٩).
(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٩)،، الروايتين (٢/٢٨٩).
(٥) سبق ذكره.
(٦) بواري: البارية بالتشديد: هي المنسوجة من القصب، يقال لها باري، وبارية، بوري، بتشديد الثلاث، وبارياء وبورياء، ممدودين خمس لغات قال الأصمعي البوريا بالفارسية، وهي بالعربية باري، وبوري. انظر: الصحاح (٢/٥٩٨٧) المطلع (ص٣٤١).
(٧) انظر: الإنصاف (٦/٢٢٩)،، الروايتين (٢/٢٩٠).
(٨) انظر: المهذب (٢/١٩٣)، روضة الطالبين (٧/١٧٣، ١٧٤)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/١٦).
(٩) انظر: المبسوط (٢٧/ ٢٤)، بدائع الصنائع (٧/٢٧٩).

أهل المحلة. وهو قول أبي إسحاق المروزي الشافعي[(١)(٢)].

لنا: أنه مأذون فيه شرعاً فالمتولد غير مضمون كسراية القود، وأيضاً فهو محسن به ولا ضمان على المحسن، ولأنه مأذون فيه عرفاً لجريان العادة بالتبرع به من غير استئذان فهو كالمأذون فيه نطقاً؛ ولأن هذه الأمور لو منعها الإمام أو أهل المحلة لم تمتنع لأنها مطلوبة شرعاً، فكان وجود الإذن كعدمه في عدم التأثير[(٣)].

فصل

وبواري المسجد لا يجوز استعمالها خارج المسجد قال المروذي: سألت أبا عبد الله عن بواري المسجد يرى أن يقعد عليها خارج المسجد لجنازة تكون: قال: لا يقعد عليها خارج المسجد. قال: ورأيت أبا عبد الله يعزي رجلاً وبارية على الباب فلم يقعد مع الناس على البارية وقعد على التراب. قال: ورأيت عبد الوهاب بن عبد الحكم[(٤)].

يوم مات شريح بن يونس وقد جاء فقام على بارية المسجد وهي مطروحة على باب شريح، فلما أراد أن يقعد قال له محمد بن حاتم أن أبا عبد الله يكره أن يقعد على بارية المسجد في غير المسجد، فتنحى وقعد على التراب، فعلى هذا يضمن ما تلف به خارج المسجد لأن السبب غير مأذون فيه.

---

(١) هو إبراهيم بن أحمد أبو إسحاق المروزي الشافعي، شيخ الشافعية وفقيه بغداد صاحب أبي العباس بن شريح، وأكبر تلامذته توفي سنة (٣٤٠هـ). انظر: السير (١٥/ ٤٢٩).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/ ١٧٤).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٩١)، الشرح الكبير (٩/ ٤٤٩)، المبدع (٥/ ١٩٥).

(٤) هو: عبد الوهاب بن عبد الحكم بن نافع أبو الحسن البغدادي الوراق، قال النسائي: ثقة. وقال أحمد بن حنبل: عافاه الله، قل أن ترى مثله، توفي سنة (٢٥١هـ). انظر: السير (١٢/ ٣٢٣).

فصل

وتعليق القنديل حيث يحرم كالقبور موجب للضمان لقيام الحرمة بالسبب. وكذلك ما لو نصب في المسجد عموداً حيث لا ينصب لذلك فإنه مستلزم التضييق على المصلين ومنع الصلاة بتلك الرقعة وكذا ما لو غرس شجراً أو علق شمعاً على قبر أو نصبه عنده يضمن ما تلف به لأنه غير مأذون فيه.

فصل

حفر بئراً في المسجد للمصلحة العامة، فعليه ضمان ما تلف لها لأنه ممنوع منه إذ البقعة مستحقة للصلاة فتعطيلها منه عدوان وقد نص على المنع من رواية المروذي فقال: سألت أبا عبد الله عن حفر البئر في المسجد. قال: لا ويحتمل أنه كالحفر في السابلة لاشتراك المسلمين في كل منها فالحفر في أحدهما كالحفر في الآخر. فيجري فيه رواية ابن ثواب عدم الضمان، وهذه طريقة أصحاب الشافعي قال الرافعي وغيره والحفر في المسجد كالحفر في الشارع[١] وإن كان المحفور بركة للماء ضمن قولاً واحد لمزيد العدوان والتضييق.

المسألة الثانية:

جلس في مسجد أو طريق واسع وعثر به حيوان فتلف، ففي الضمان وجهان أوردهما في المتن[٢] أخذاً من إيراد أبي الخطاب[٣]. ولم أر لأحد قبله هذا الخلاف. وأصله والله أعلم. ما مر من الروايتين في ربط الدابة بالطريق.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١٧٣/٧).
(٢) انظر: المقنع (٢٥٤/٢).
(٣) انظر: الهداية (١٩٦/١).

ومحله: ما لم يكن الجلوس مباحاً، كالجلوس في المسجد مع الجناية والحيض أو للبيع والشراء، ونحو ذلك، أما ما هو المطلوب، كالاعتكاف، وانتظار الصلاة، والجلوس لتعليم القرآن والسنة: فلا يتأتى الخلاف فيه بوجه. وكذا ما هو مباح من الجلوس فيه، وفي جوانب الطرق الواسعة كبيع مأكول ونحوه، لامتناع الخلاف فيه؛ لأنه جلس فيما يستحقه بالاختصاص، فهو كالجلوس في ملكه من غير فرق[١].

وقد حكى القاضي الجزم بنفي الضمان في المسألة في الطريق الواسع. وهذا التقييد حكاه بعض شيوخنا في كتبهم عن بعض الأصحاب. ولا بد منه. لكنه يقتضي اختصاص الخلاف بالمسجد دون الطريق[٢]. لأن الجلوس بالطريق الواسعة: إما مباح. كما ذكرنا. فلا ضمان بحال على ما تقدم، وإما غير مباح كالجلوس وسط الجادة فالضمان واجب ولابد[٣]، لأنه عدوان محض فهو كالأول في عدم اطراد الخلاف وقد يقال هذا المعنى موجود بعينه في المسجد فالخلاف منتف أيضاً.

فنقول: الفرق بينهما أن المنع ثبت في الجادة لذات الجلوس فتمحض السبب بكليته عدواناً فانسد المسلك إلى إهدار التلف، ولا كذلك المسجد فإن المنع فيه لم يكن.

لذات الجلوس بل لمعنى قاربه وهو إما البيع أو الجناية أو الحيض فلم يكن ذات السبب عدواناً من حيث هو (. . . .)[٤] فأمكن أن يقال بنفي الضمان بهذا الاعتبار وصار كما لو جلس في ملكه بعد النداء للجمعة. وعثر به حيوان، فإنا لا نعلم قائلاً بالضمان مع أن الجلوس

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٠).
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٠).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٠).
(٤) في هذا الموضع زيادة في المخطوط هي كلمة: «هو».

ممنوع منه[(١)]، وبما قلنا من عدم الضمان قال الشافعي[(٢)]. وتوجيه الضمان قيام مطلق الحرمة كالجلوس.

وحكم الاضطجاع[(٣)] في المسجد، والطريق الواسعة حكم الجلوس فيهما على ما ذكرنا[(٤)].

وأما القيام: فلا ضمان به بحال. لأنه من مرافق الطرق، كالمرور[(٥)]، فإن الإنسان قد يحتاج إليه لانتظار رفيق أو سماع كلام ونحو ذلك، فلا يكون متعدياً.

فصل

جلس أو اضطجع في ملكه فعثر به حيوان أو آدمي بغير إذن، فلا ضمان لانتفاء عدوانه بل على الداخل إن تلف بعثارة شيء لاعتدائه بالدخول، وإن دخل بإذن وجب الضمان إن لم يشعر به الداخل لعمى أو ظلمة على ما مر في مسألة البئر[(٦)]، والله أعلم.

المسألة الثالثة:

الجلوس في الطريق الضيقة: موجبة للضمان[(٧)] ولهذا قيل الخلاف بالواسع وصرح به في كتاب الديات في مسألة الاصطدام[(٨)] فنتكلم فيه إن شاء الله تعالى.

---

(١) انظر: كشاف القناع (١٢٣/٤).
(٢) انظر: روضة الطالبين (١٨١/٧).
(٣) الاضطجاع: ضجع الرجل، أي وضع جنبه بالأرض يضجع ضجعاً وضجوعاً فهو ضاجع واضطجع مثله. انظر: الصحاح (١٢٤٨/٣).
(٤) انظر: في هذا البحث.
(٥) انظر: الإنصاف (٢٣٠/٦).
(٦) سبق ذكره.
(٧) انظر: الإنصاف (٢٣٠/٦)، كشاف القناع (١٢٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠١/٣).
(٨) انظر: الإنصاف (٢٣٠/٦، ٢٣١).

المسألة الرابعة:

سقوط الجناح أو الميزاب المخرجين إلى الشارع موجب للضمان مطلقاً أضر بالمارة أو لا، أذن فيه الإمام أو لا[١]. وكذا المظلة والساباط[٢] والخشبة والحجر المخرجان من الجدار[٣] قال أبو طالب: سألت أحمد عن رجل أخرج صخرة إلى حائط أو خشبة قال: يضمن كل من أخرج شيئاً إلى الطريق[٤]. وقال: في رواية إسحاق بن منصور: كل ما كان إلى غير حده يضمن[٥]. وبذلك قال الحسن، وطاووس، وسريح والنخعي[٦]، وأبو حنيفة[٧]، والشافعي[٨].

وفي «المحرر» لأبي البركات[٩] لا يضمن ما هو بإذن الإمام ولا مضرة فيه ولم يورد خلافه[١٠]. وعن مالك[١١] في الميزاب فيما رأيت لا يضمن مطلقاً وهو قديم قول الشافعي[١٢] ومبنى هذا الأصل

---

(١) انظر: المغني (٧/٣١)، القواعد الفقهية ص(٢١٧)، المبدع (٥/١٩٥)، الشرح الكبير (٥/٤٤٩)، الإنصاف (٦/٢٣١)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠١).

(٢) السباط: قال الجوهري: الساباط سقفية بين حائطين تحتهما طريق، والجمع سوابيط وسباطات. انظر: الصحاح (٣/١١٢٩)، المطلع (١٠٥).

(٣) انظر: المغني (٧/٣١، ٣٥)، القواعد الفقهية ص(٢١٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠١).

(٤) انظر: القواعد الفقهية ص(٢١٧)، قاعدة رقم (٨٨)، الإنصاف (٥/٢٥٤).

(٥) لم أجدها في مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج وهي موجودة في القواعد الفقهية (ص٢١٧) قاعده رقم (٨٨)، والإنصاف (٥/٢٥٤).

(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب البيوع باب في الرجل يشرع الميزاب (٥/٣٩٨، ٣٩٩).

(٧) انظر: المبسوط (٢٧/٦)، تحفة الفقهاء (٣/١٢٥).

(٨) انظر: المهذب (١/٣٣٤)، روضة الطالبين (٧/١٧٤).

(٩) كتبت في المخطوط (المحرر الأمر) ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

(١٠) انظر: المحرر (١/٣٦٣)، والقواعد الفقهية (ص٢١٧).

(١١) قول مالك فيما اطلعت عليه من مصادر المالكية لم أتمكن من العثور على ما قاله إلا أنني وجدته بواسطة تكملة المجموع (١٩/ ٢٤).

(١٢) انظر: المهذب (٢/١٩٣) روضة الطالبين (٧/١٧٥)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢٤).

الإخراج هل يباح أو لا؟ والمذهب المنصوص كما تقدم[(١)] في باب الصلح الأباحة مطلقاً مع الضرر وإذن الإمام وعدمه، فاقتضى ذلك وجوب الضمان، كما أورد من النص[(٢)] لوقوع العدوان.

وذكر في «المجرد» الإباحة مشروطة بإذن الإمام وهو ما أورد القاضي في التعليق الكبير من غير خلاف حكاه أحمد وتابعه عليه ابن عقيل فيما حكى المصنف، وهو مقتض لانتفاء الضمنا بالشرط كما فرع في المحرر إذ لا عدوان[(٣)]. ومن الناس من قال بالإباحة مطلقاً كما هو مذهب مالك، والشافعي[(٤)] وهو في الميزاب ونحوه حق وهو مقتض لعدم الضمان أيضاً، كما قال مالك.

غير أن الشافعي لم يساعد عليه وجعل الجواز مشروطاً بسلامة العاقبة، وهذا يحتاج إلى بحث ووجه الضمان بما روى الحجاج بن أرطأة، عن حصين[(٥)].

عن الشعبي، عن الحارث[(٦)] عن علي قال: «من أخرج حجراً أو مرزابا أو زاد في ساحته ما ليس له فهو ضامن» أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه[(٧)] عن أبي خالد الأحمر[(٨)]، عن حجاج، وفي الحارث

---

(١) تقدم ذكره.
(٢) انظر: المقنع (٢/٢٥٤).
(٣) انظر: الإنصاف (٥/٢٥٥)، القواعد الفقهية (ص٢١٧).
(٤) انظر: المهذب (٢/١٩٣)، روضة الطالبين (٧/١٧٥) تكملة المجموع (١٩/ ٢٤).
(٥) هو: حصين بن عبد الرحمٰن الحارثي روى عن الشعبي وروى عنه إسماعيل بن أبي خالد والحجاج بن أرطأة. انظر: التهذيب (٢/ ٣٣٠)، الجرح والتعديل (٣/١٩٣).
(٦) هو: الحارث بن عبد الله الأعور أبو زهير الكوفي صاحب علي، توفي في خلافة ابن الزبير. انظر: التقريب ص(٦٠)، التهذيب (٢/١٢٦).
(٧) انظر: مصنف ابن أبي شيبة باب: في الرجل يخرج من حده شيئاً فيصيب إنساناً كتاب الديات (٥/٣٩٨).
(٨) هو: أبو خالد الأحمر سليمان بن حيان الأزدي الكوفي صدوق يخطئ، توفي سنة (١٠٩هـ) وقيل قبلها. انظر: التقريب ص(١٣٣)، التهذيب (٤/١٥٩).

الأعور، والحجاج ما فيهما ولأنه أخرج إلى هواء ملك لا يملكه أشبه ما لو أخرجه إلى هواء ملك معين.

وقد قيس على ما لو بنى حائطاً مائلاً إلى الطريق وأتلف، أو أقام خشباً في ملكه مائلاً إلى الطريق ولا شك أن الضمان ثم ربما وجب لضرر الإمالة لا لمعلق كونهما في هواء الطريق، ولا تردد في أن الإضرار حيث وجد يجب الضمان والغرض خلافه. إذا نَجَزَ هذا فحيث قيل بالضمان يجب جميعه[١] وقالت الشافعية[٢]: إن كان الميزاب كله خارجاً بأن سمر عليه، فالجميع[٣] كما قلنا. وإن كان في الجدار بعضه وبعضه خارجاً، فإن سقط الخارج أو بضعه لانكساره، فكذلك أيضاً.

وإن كان لانقلاعه من أصله فبعض الضمان لوجود التلف من مباح مطلق ومباح مشروط بسلامة العاقبة وفي قدر البعض قولان أو وجهان أصحهما: النصف توزيعاً على النوعين.

الثاني: يوزع على الداخل والخارج فيجب ما قابل الخارج.

ثم الذي قال الغزالي في آخرين يعتبر التوزيع بالوزن. وقال المتولي وغيره: بالمساحة ولا فرق عندهم بين إصابة الطرف الداخل والخارج، لأن التلف يتولد عن ثقل الجميع[٤].

قال أبو حنيفة[٥]: في الخارج جميع الضمان، ولا شيء في الداخل؛ لأنه في ملكه وكذلك الجناح على ما فصل من غير فرق. واستدل الأصحاب بالقياس على إقامة الخشبة في ملكه مائلة إلى الطريق وبأن النصب عدوان، فأوجب كل الضمان كما في نظائره. وأيضاً فالقدر

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٨)، كشاف القناع (١٢٥/٤).
(٢) انظر: روضة الطالبين (١٧٥/٧)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢٤).
(٣) أي تعلق به جميع الضمان. انظر: روضة الطالبين (١٧٥/٧).
(٤) انظر: روضة الطالبين (١٧٥/٧، ١٧٦).
(٥) انظر: المبسوط (٢٧/ ٧، ٨)، بدائع الصنائع (٢٧٩/٧).

الخارج لا ينتصب بدون الداخل، فوجب أن يثبت للداخل حكم الخارج؛ إذ ما لا يتم الشيء إلا به يكون له حكم ذلك الشيء.

فصل

أخرج إلى ملك إنسان معين شيئاً مما ذكرنا بدون إذنه، فعليه الضمان قال المصنف[(١)]: لا أعلم فيه خلافاً لأنه متعدي، وكذا ما كان إلى درب لا ينفذ لذلك. وساعد عليه الشافعية[(٢)] وهو يفرق بينه وبين الشارع بإمكان إذن من كان له الحق ها هنا فوجب بخلاف ما تم فإنه متعذر فسقط، والأمر إذا ضاق اتسع، وإن أذن المعين أو أهل الدرب، فلا ضمان بلا خلاف لعدم العدوان. انتهى.

فصل

ترشش ماء الميزاب على شيء فأفسده عليه ضمان ما أفسده لأنه نشأ عن تسببه[(٣)] وهذا مذهب من منع أصل النصب وكذلك من جوزه مشروطاً بسلامة العاقبة.

وقد صرح به منهم البغوي والشافعي[(٤)] في تهذيبه، وأما من لم يعتبر ذلك، فإن كان حالة مطر فلا ضمان لأن الجريان حينئذ معلوم ولأجله أبيح النصب فالعدوان منتف، وإن لم يكن حالة مطر فإن أعلم به فكذلك؛ لأنه مما أبيح النصب لأجله ولا تفريط، وإن لم يعلم ضمن؛ لأنه مفرط. وكذا ما لو صب على ثوب (ماء)[(٥)] فأفسده إن أعلمه لم يضمن وإلا ضمن، والله أعلم. انتهى.

---

(١) انظر: المغني (٣٢/٧).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٧٤/٧).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٩٨)، الشرح الكبير (٥/ ٤٥٠)، كشاف القناع (١٢٣/٤، ١٢٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (١٧٦/٧).

(٥) كتبت في المخطوط: «ماس»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

فصل

وعليه ضمان المتلف بالبناء في السابلة لتمحض العدوان نص عليه من رواية بن ثواب وقيل له ماترى في رجل بنى حائطاً في غير ملكه، أو بناه له عبده، أو بناه له البَنَّاء، ما ترى إن سقط فعطب تحته أناس؟ قال: يضمنان جميعاً البناء والآمر. قلت لما؟ قال: لأن هذا شيء ليس هو بملك ولو كان في ملكه لم يضمنه. قلت: فإن هذا في فنائه؟ قال: فناؤه طريق المسلمين. ثم لا فرق بين سعة الشارع وضيقه، ولا بين كون البناء لنفسه أو لعموم المسلمين كالمسجد للعدوان بالبناء في غير ملكه، إلا أن في المسجد الطريق الواسعة خلافاً يبنى على الخلاف في جوازه.

ولا فرق أيضاً بين كونه في فناء داره أو متن الطريق، وقد أوردنا نص أحمد فيه مستدلاً بأن الفناء من طريق المسلمين، والصحيح إن شاء الله عدم الضمان بالدكة والمسجد في الفناء المتعطف لأنه ليس بطريق حقيقة وهو به أملك (. . . .)[١] من الغير وقد دل على هذا في المسجد قول عائشة رضي الله عنها في خبر الهجرة (**فابنتى أبو بكر مسجداً بفناء داره؟ يصلي فيه ويقرأ القرآن فيتقصف عليه نساء المشركين وأبناؤهم يعجبون منه والنبي ﷺ يؤمئذ بمكه**) أخرجه البخاري[٢].

ومذهب الشافعي التضمين بالدكة[٣] كما ذكرنا أولا[٤]. وحيث يجب الضمان إن (بنى[٥] بنفسه استقل بالضمان بغير إشكال، وإن بناه

---

(١) في هذا الموضع زيادة في المخطوط هي كلمة (هوبه).

(٢) أخرجه البخاري في باب أفنية الدور والجلوس على الصعدات من كتاب المظالم فتح الباري شرح صحيح البخاري (٨٤/٥، ٨٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين (١٧٨/٧).

(٤) سبق ذكره، وجاء فيه عدم التضمين بالدكه ومذهب الشافعي ها هنا التضمين بالدكه.

(٥) كتبت في المخطوط: «بين»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.

البنَّاء له عالماً بالحال اشتركا في الضمنا كما أوردنا[١] من نص أحمد، وقاله ابن أبي موسى: لاشتراكهما في السبب هذا بفعله وهذا بأمره. وعلى ما قال المصنف، والقاضي، وابن عقيل، يستقل البناء بالضمان لاستقلاله بالمباشرة وقد مر الكلام[٢] على هذا الأصل في مسألة الحفر.

وإن لم يعلم الحال، فلا ضمان أصلاً واستقل الأمر به. قال ابن ثواب: قلت: يعني لأحمد فبناه البنَّاء في فنائه وهو يظن أنه ملكه يلزمه، قال: إن أوجد فحلف أنه لا يظن إلا أنه ملك له لم يضمن، وإن كان يعلم أنه ليس له بملك ضمن. انتهى[٣].

وقال ابن أبي موسى: يضمن ويرجع على الآمر وقد تقدم الكلام[٤] في هذا في الحفر، وإن كان المباشر عبده فعلى ما قال الأصحاب في الحفر يستقل السيد بالضمان وظاهر ما رواه ابن ثواب مشاركة العبد فيه فيتعلق برقبته كما لو بنى من غير أمر، وقد مر ما يتعلق بذلك تقريراً أو تعريفاً في مسألة الحفر.

وقال: (وإن مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه نص عليه وأومأ في موضع أنه إن تقدم إليه بنقصه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن)[٥]، انتهى.

إذا بنى في ملكه جداراً مستوياً فسقط من غير ميل ولا استهدام لم يضمن ما تولد منه بغير خلاف علمته لانتفاء التعدي والتفريط[٦]. وإن بناه مائلاً إلى ملك الغير بإذنه أو إلى ملك نفسه أو مال إليه بعد البناء لم يضمن

---

(١) سبق ذكره.
(٢) سبق ذكره.
(٣) انظر: المغني (١٢/ ٩٣) إلا أنه لم ينسب له.
(٤) سبق ذكره.
(٥) انظر: المقنع (٢/٢٥٤/ ٢٥٥).
(٦) انظر: المغني (١٢/ ٩٤)، الشرح الكبير (٥/٤٥٠)، المبدع (٥/١٩٦)، كشاف القناع (٤/١٢٤).

أيضاً لما ذكرنا إذ للإنسان أن يبني (بلا إذن)[١] في ملكه كيف شاء[٢].

وإن بناه مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك الغير بدون إذنه ضمن قال في المغني:[٣] ولا أعلم فيه خلافاً لموضع العدوان والتفريط. وإن بناه مستوياً ثم مال إلى الطريق وسقط فإن لم يتمكن من هدمه وإصلاحه، فلا ضمان[٤] حكاه أصحابنا المصنف[٥] والقاضي، وابن عقيل، وهو قول الشافعي[٦]، لأنه لم يتعد ولم يفرط فأشبه السقوط من غير ميل. وإن تمكن ولم يهدم ولم يصلح فهذا مسألة الكتاب[٧]، والذي عليه متأخروا الأصحاب القاضي ومَنْ بعده، أن الأصح من الذهب: عدم الضمان[٨] كما أوردها هنا. وأورد أنه المنصوص سواءٌ تقدم إليه بالهدم والإصلاح أو لا.

وأصل هذا قول القاضي في المجرد: المنصوص عنه في رواية ابن منصور: لا ضمان عليه. سواء طولب بنقضه أو لم يطالب هذا ما قال[٩].

والذي حكى أبو بكر عبد العزيز في كتاب زاد المسافر عن رواية ابن منصور خلاف هذا[١٠] وسنورده عنه في الرواية الثانية.

وبعدم الضمان قالت الشافعية[١١] في أصح الوجهين ووجهه ما روينا في كتاب الديات للقاضي أبي بكر بن أبي عاصم[١٢] من جهة أبي معاوية

---

(١) كتبت في المخطوط: «وبإذن»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.
(٢) انظر: كشاف القناع (١٢٤، ١٢٥)، الإنصاف (٢٣٣/٦).
(٣) انظر: المغني (١٢/ ٩٤).
(٤) انظر: المغني (١٢/ ٩٥)، الشرح الكبير (٤٥٠/٥)، كشاف القناع (١٢٤/٤)، حاشية الروض المربع (٤١٧/٥).
(٥) انظر: المقنع (٢٥٤/٢).
(٦) انظر: روضة الطالبين (١٧٦/٧)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢٢).
(٧) انظر: المقنع (٢٥٤/٢).
(٨) انظر: الإنصاف (٢٣١/٦).
(٩) رواية ابن منصور لم أجدها في مسائل إلا أنني وجدتها في الإنصاف (٢٣١/٦).
(١٠) انظر: الإنصاف (٢٣٢/٦).
(١١) انظر: روضة الطالبين (١٧٦/٧)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢٢).
(١٢) هو القاضي أبي بكر بن أبي عاصم أحمد بن عمرو بن الضحاك بن مخلد الشيباني، =

الضرير[(١)] عن إبراهيم بن الفضل[(٢)] عن سعيد المقبري[(٣)] عن أبي هريرة قال: (مر رسول الله صلى الله وعليه وسلم بجدار مائل فأسرع المشي فقيل له، فقال: «**إني أكره موت الفوات**»[(٤)(٥)]. فَعَلَ صلى الله وعليه وسلم ذلك إرشاداً للأمة إلى الإسراع في مثل هذه الحالة ليحذروا موت الفوات. قال القاضي أبو بكر: وفي تركه أمر أهل الحائط بهدمه والتقدم إليهم فيه دليل على أن ليس أحدهم يهدمه واجباً، ولو كان عليهم في حال سقوطه لو عيب به إنسان دية لأعلمهم ذلك وفي تركه إعلامهم ذلك دليل على أنه لا شيء على من وقع جداره المائل فأصاب إنساناً، انتهى.

وأورد أبو داود في كتاب المراسيل بإسناد جيد إلى عقيل[(٦)]، عن ابن شهاب[(٧)] أن رسول الله ﷺ (مر بجدار قد مال أو تصدع فشمر رسول ﷺ ثيابه ثم أسرع المشي حتى جاوزه وقال لأصحابه: (**أسرعوا**))[(٨)].

قال أبو داود: أسند هذا إبراهيم بن الفضل شيخ قد ترك حديثه

= من أهل السنة والحديث والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، توفي سنة (٨٧هـ). انظر: السير (١٣/ ٤٣٠).

(١) هو: أبو معاوية الضرير محمد بن حازم، التميمي السعدي الكوفي، عمي وهو صغير، توفي سنة (١٩٥هـ). انظر: التقريب (ص٢٩٥)، التهذيب (٩/ ١٢٠).

(٢) هو: إبراهيم بن الفضل المخزومي أبو إسحاق، قال أحمد ضعيف الحديث ليس بالقوي في الحديث، وقال أبو زرعة: ضعيف. انظر: التهذيب (١/ ١٣١)، الجرح والتعديل (٢/ ١٢٢).

(٣) هو: سعيد المقبري أبو سعد المدني، واسم سعيد كيسان، ثقة، توفي سنة (١٢٠ هـ)وقيل قبلها، وقيل بعدها. انظر: التقريب ص(١٢٢)، التهذيب (٤/ ٣٤).

(٤) الفوات: يقال: مات فلان موت الفوات؛ أي: فوجئ. انظر: الصحاح (١/ ٢٦٠).

(٥) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده (٢/ ٣٥٦).

(٦) هو: ابن خالد عقيل الأيلي، أبو خالد الأموي ثقة ثبت، توفي سنة (١٤٤هـ). انظر: التقريب (٢٤٢)، التهذيب (٧/ ٢٨٨).

(٧) ابن شهاب هو: محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب القرشي الزهري الفقيه أبو بكر الحافظ أحد الأئمة الأعلام، متفق على جلالته وإتقانه، توفي سنة (١٢٥هـ)، وقيل: قبلها بسنة أو سنتين. انظر: التقريب (٣١٨)، التهذيب (٩/ ٣٩٥).

(٨) انظر: المراسيل ص(٣٣١، ٣٣٢).

وروى هذا الحديث عنه جماعة وهو منكر الحديث(١)، ولأنه لا عدوان في البناء ولا فعل له في الميل والسقوط فهو كالساقط من غير ميل، وكما في الجرة الساقطة من رأس حائط. وخرج أبو الخطاب(٢) وصاحب المحرر(٣) وجهاً بوجوب الضمان مطلقاً(٤) وأورده المصنف في كتابيه(٥)، واختاره ابن عقيل(٦)، وهو الوجه الثاني للشافعية(٧) قال به منهم أبو إسحاق المروذي(٨)، وأبو علي بن أبي هريرة لتفريطه بترك الهدم والإصلاح وأخذه أبو الخطاب من مسألة إخراج الجناح، وقد يفرق بينهما لحصول العدوان بأصل وضع الجناح بخلاف هذا.

وعن أحمد: إن تقدم إليه بالهدم وأشهد عليه به فلم يهدم ضمن وإلا فلا(٩). قال حرب بن إسماعيل: قلت لأحمد: حائط مائل لرجل وقع على رجل فقتله؟ قال: يروى عن شريح وغيره(١٠) أنهم قالوا: إذا شهد عليه فهو ضامن(١١) فأظنه مذهب أحمد. قال: فإذا لم يشهد عليه فهو ملكه ولم ير عليه شيئاً. وفي كتاب «زاد المسافر» قال في رواية

---

(١) انظر: ترجمته في التهذيب (١/١٣١)، الجراح والتعديل (٢/١٢٢).
(٢) انظر الهداية (١/١٩٧).
(٣) انظر: المحرر (٢/١٢٤).
(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٢).
(٥) انظر: المغني (١٢/ ٩٤، ٩٥)، الكافي (٤/٦٣).
(٦) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٢).
(٧) انظر: المهذب (٢/١٩٣)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢٢).
(٨) قول أبي إسحاق المروذي ذكر في المهذب (٢/١٩٣)، وتكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢٢).
(٩) انظر: المغني (١٢/ ٩٥)، الشرح الكبير (٥/٤٥١)، الفروع (٤/٣٨٩)،/الإنصاف (٦/٢٣٢)، كشاف القناع (٤/١٢٤).
(١٠) مثل: الحسن وإبراهيم وقتادة.
(١١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الحائط المائل على صاحبه من كتاب الديات (٥/٤٢٤).

إسحاق بن منصور: إذا كان أشهد عليه فهو ضامن[(١)]. وقال في رواية ابن بختان[(٢)]: الحائط المائل إذا وقع، فإن كان لم يشهد على صاحبه فلا يضمن، وإن كان أشهد عليه، ففيه اختلاف.

وروى إبراهيم بن هانئ[(٣)] قال: سئل أبو عبد الله عن الحائط المائل إذا وقع قال: إن كان قد أشهد عليه فإن فيه اختلافاً، وإن كان لم يشهد على صاحبه فلا يضمن وقوله فيه اختلاف قد يكون توقفاً. ولأجل ذلك جعل المصنف[(٤)] هذه الرواية إيماء كما صرح به القاضي، وابن عقيل وليس يخلوا من منافسة، لكن رواية ابن منصور مصرحة تثبت الحكم بالضمان فيكون كالبيان للمجمل، وبذلك قال الحسن وطاووس، وقتادة، وشريح، والشعبي، والنخعي[(٥)]، وأبو حنيفة[(٦)]، والثوري، وغيرهم[(٧)].

وينقل عن مالك لما روينا عن أبي بكر بن أبي عاصم في كتاب الديات عن يعقوب بن حميد[(٨)] قال عبد الله بن عبد الله[(٩)] عن يونس بن يوسف بن حماس[(١٠)] عن سعيد بن المسيب؛ أن عمر بن الخطاب مر

---

(١) انظر: الفروع (٤/٣٨٩)، الإنصاف (٦/٢٣٢).
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٢).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٢).
(٤) انظر: المقنع (٢/٢٥٥).
(٥) قول الحسن وقتادة وشريح والنخعي ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه في: باب الحائط المائل يشهد على صاحبه كتاب الديات (٥/٤٢٤).
(٦) انظر: المبسوط (٢٩/٩) تحفة الفقهاء (٣/١٢٨).
(٧) انظر: المغني (١٢/ ٩٥).
(٨) هو: يعقوب بن حميد بن كاسب المدني سكن مكة وقد ينسب إلى جده. انظر: التهذيب (١١/ ٣٣٦).
(٩) هو: عبد الله بن عبد الله القرشي الأموي روى عن يعقوب بن عبد الله بن جعدة ومعن بن محمد وروى عنه يعقوب بن حميد المديني انظر: الجرح والتعديل (٥/٩٣)، التهذيب (٥/٢٥١).
(١٠) هو: بونس بن يوسف بن حماس بن عمرو الليثي المدني، وقيل يوسف بن يونس بن حماس، قال أبو حاتم: محله الصدق لا بأس به، وقال النسائي: ثقة. انظر: التهذيب (١١/ ٣٩٧، ٣٩٨).

بحائط مائل في بني زريق، فقال: أشهدوا على أهله. قال القاضي أبو بكر: وروي عن عليٍّ نحو هذا يضمن. ووجهه أيضاً بأن ترك الهدم مع المطالبة به تفريط فوجب أن يضمن كما لو سقط إلى ملك الغير عِدْلاً جعله على حائط نفسه وطولب بنقله فلم يفعل(١) وكما لو انحل قيد دابته أو عبده المجنون وقيل له فلم يعيده، وفي ذلك بحث.

وهذه الرواية هي المذهب ولم يورد ابن أبي موسى سواها(٢). وكذلك قال في رؤوس المسائل وهو من كتبه القديمة(٣).

وذكر أبو الخطاب، والقاضي أبو الحسين، وأبو الحسن بن بكروس، وغيرهم: أنه اختيار طائفة من الأصحاب(٤). وما استند إليه الأولون من حكاية القاضي عن رواية ابن منصور فقد أوردنا عن رواية خلافه ولكن الأقوى ما صار إليه ابن عقيل من وجوب الضمان مطلقاً(٥) إذا أعلم؛ لأن استدامة الميل عدوان لتوقع الضرر به وشغله أرض لا يملكها، فوجب ترتب الضمان بدون واسطة الإشهاد كما في نظائره، وإنما شرطنا العلم لأنه لا تفريط بدونه. وإذا أنجز هذا، فعلى ما قلنا من المذهب ظاهر إيراد المتن(٦) توقف الضمان على الإشهاد بالهدم كما في الإشهاد للشفعة(٧) عند الغيبة، وهو المنصوص وعليه غير واحد من الأصحاب منهم ابن أبي موسى(٨).

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٥)، الشرح الكبير (٤٥١/٥).
(٢) انظر: الإرشاد ص(٤٦٤)، الإنصاف (٢٣٢/٦).
(٣) انظر: الإنصاف (٢٣٢/٦).
(٤) انظر: الهداية (١٩٧/١)، الإنصاف (٢٣٢/٦).
(٥) انظر: الإنصاف (٢٣٢/٦).
(٦) انظر: المقنع (٢٥٥/٢).
(٧) الشفعة لغة هي: مأخوذة من الزيادة، لأنه يضم ما يشفع فيه إلى نصيبه، وهذا قول ثعلب. كأنه كان وِتراً فصار شفعاً. انظر: المطلع (٢٧٨). والشفعة شرعاً هي: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه انظر: المغني (٤٣٥/٧).
(٨) انظر: الإرشاد ص(٤٦٤).

وقال القاضي: لا يتوقف عليه بل على المطالبة فقط وهو ظاهر كلام المصنف في كتابيه[١] ومذهب أبي حنيفة[٢] لأن الإشهاد يراد لتبين الحق وإيضاحه لا لأصل الوجوب فلا يكون الوجوب متوقفاً عليه، وإنما قلنا المطالبة لتحقيق علم المالك بالحال. انتهى

فصل

كيفية الإشهاد: اشهدوا أني طالبته بنقضه، أو تقدمت إليه بنقضه ذكره ابن عقيل (وذكر)[٣] القاضي بعضه. وكذلك كل لفظ أدى إليه[٤].

ثم الميلان إلى السابلة استقل بذلك الإمام، ومن قام مقامه، لأنه نائب المسلمين وناظر لهم، وكذا الواحد من الرعية، مسلماً كان أو ذمياً. لأن له حقاً. وإن كان إلى درب مشترك: فكذلك يستقل به الواحد من أهله. ذكره المصنف[٥]، والقاضي، وابن عقيل[٦] لما ذكرنا.

وإن كان إلى دار مالك معين: فلا خفا باستقلاله لحق المالك.

وإن كان ساكنها الغير: استقل به أيضاً كالمالك لحق الانتفاع، ولما له فيها من الأموال.

وإن كان الساكن جماعة: استقل به أحدهم كذلك[٧]. وإن كان غاصباً: لم يمكله، لانتفاء حقه وما تلف له: فغير مضمون لاعتدائه بالسكنى، فهو كما لو دخل دار الغير بدون إذنه فسقط في بئرها[٨].

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٥)، الكافي (٤/٦٣).
(٢) انظر: المبسوط (٢٧/ ٩)، تحفة الفقهاء (٣/١٢٨).
(٣) ما بين القوسين زيادة لازمة. انظر: الإنصاف (٦/١٣٣).
(٤) انظر: الإنصاف (٦/١٣٣).
(٥) انظر: المغني (١٢/ ٩٥، ٩٦)، الشرح الكبير (٥/٤٥١)، الإنصاف (٦/١٣٣).
(٦) انظر: الإنصاف (٦/١٣٣).
(٧) انظر: المغني (١٢/٩٦)، الشرح الكبير (٥/٤٥١، ٤٥٢)، كشاف القناع (٤/١٢٤) الإنصاف (٦/٢٣٣).
(٨) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٣).

فصل

ولا أثر للإشهاد على مستأجر الدار المائلة، أو مستعيرها، أو مرتهنها، أو مستودعها لعدم ملكهم للنقض لانتفاء ملكهم ولا ضمان عليهم لذلك.

وإن أشهد على المالك إذاً فتعذر استرجاعها، ونقضها، ولا ضمان. قاله في المغني(١) لعدم التفريط.

وإن أمكن كالمعير، والمودع، فلم يفعل ضمن. حكاه المصنف(٢) والقاضي وابن عقيل(٣) لتفريطه وكذا الراهن إن أمكنه فكاك الرهن ذكره في المغني(٤) كذلك. انتهى.

وإن حجز على المالك لسفه أو صغر، أو جنون فلا أثر للإشهاد عليه لعدم تمكنه من التصرف فلا يتأهل للمطالبة ولا ضمان عليه قاله المصنف كذلك(٥).

وإن شهد على وليه، أو وصيه فلم ينقضه: ففي المجرد(٦) والمغني(٧) الضمان على المالك. لأن المال سبب الضمان فوجب الضمان على من له المال كالوكيل مع الموكل.

وقال ابن عقيل: الضمان على الولي(٨).

وهو الحق. لوجود التفريط. فهو كالتفريط في حفظ ماله(٩). وإن

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٦).
(٢) انظر: المغني (١٢/ ٩٦)، الإنصاف (٦/٢٣٣).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٣).
(٤) انظر: المغني (١٢/ ٩٦).
(٥) انظر: المغني (١٢/ ٩٦)، الشرح الكبير (٥/٤٥٢)، المبدع (٥/١٩٧)، الإنصاف (٦/٢٣٤)، كشاف القناع (٤/١٢٤).
(٦) انظر: كشاف القناع (٤/١٢٤).
(٧) انظر: المغني (١٢/ ٩٦).
(٨) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٤)، كشاف القناع (٤/١٢٤).
(٩) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٤)، كشاف القناع (٤/١٢٤).

كان الملك مشتركاً فأشهد على بعض الشركاء فهل يضمن فيه وجهان[١].

أحدهما: (لا يلزمه شيء)[٢] لانتفاء تفريطه لعدم تمكنه من النقض بدون إذن من بقى فهو كالعاجز عنه.

والثاني: عليه بقسط ملكه لتمكنه من النقض بمطالبة شركائه، وهذا مدى مطالبتهم واستئذانهم أما إن عجز فلا ضمان وجهاً واحداً. وإذا قيل: يترتب الضمان على مجرد المطالبة، فالمطالبة كالإشهاد فيما تقدم.

فصل

لمالك الجدار استمهال المتقدم إليه مدة الحاجة إلى تحصيل الآلات، قال في الفصول: لأنه من أسباب التمكن فإذا لا ضمان مدة الإمهال لانتفاء التفريط. قال في الفصول: وكذا ما لو كان على شغل كصلاة وحاجة لأنه من جملة التمكن والإمكان، ولا إمهال للإمام أو غيره مدة لا يحتاج إليها؛ لأنه على خلاف المصلحة ولا أثر لنظيره فيما خالفها[٣].

وإن كان الميلان إلى ملك مالك معين. إما واحداً أو جماعة. فأمهله المالك أو أبرأه: جاز. ولا ضمان، لأن الحق له فملك إسقاطه.

وإن أمهله ساكن الملك أو أبرأه: فكذلك المصنف[٤] والقاضي[٥]؛ لأن له الحق فملك إسقاطه.

وقال ابن عقيل: لا يسقط ولا يتأجل، إلا أن يجتمعا عليه؛ لأن

---

(١) انظر: المغني (١٢/٩٦)، الشرح الكبير (٥/٤٥٢).

(٢) ما بين القوسين زيادة لازمة. انظر: المغني (١٢/٩٦).

(٣) انظر: كشاف القناع (٤/١٢٤) إلا أنه لم ينسبه للفصول.

(٤) انظر: المغني (١٢/٩٦)، الشرح الكبير (٥/٤٥٢)، الإنصاف (٦/٢٣٤).

(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٤).

لكل منهما حقاً هذا في ملك الرقبة، وهذا في ملك المنفعة مع أعيان تخصه[١].

والذي قاله أنه لا يبرأ بالنسبة إلى المبرئ، فليس كما قال. لأن من ملك حقاً ملك إسقاطه. وإن كان بالنسبة إلى من لم يبرأ، فنعم. وذلك على هذا التفصيل لا يقبل الخلاف[٢].

وإن كان الميلان إلى درب لا ينفذ أو إلى سابلة، فأبرأه البعض أو أمهله: برىء بالنسبة إلى المبرئ، أو (الممهل)[٣]. لأن له حقاً فملك إسقاطه أو تأخيره ولم يبرأ بالنسبة إلى غيره لصدوره الإبراء في حقهم ممن لا يملكه[٤].

فصل

باع الجدار مائلاً بعد التقدم إليه ففي المجرد[٥] والمغني[٦] وفروق السامري لا ضمان عليه. لزوال التمكن من الهدم حالة السقوط حيث خرج عن ملكه[٧] وقال في المغني[٨] ولا على المشتري لانتفاء التقدم إليه. وكذا ما لو وهبه وأقبضه.

وإن قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد. انتهى[٩].

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٤).
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٤).
(٣) كتبت في المخطوط: «المهلك»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.
(٤) انظر: المغني (١٢/٩٦)، الشرح الكبير (٥/٤٥٢). الإنصاف (٦/٢٣٤).
(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٥).
(٦) انظر: المغني (١٢/٩٦).
(٧) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٥).
(٨) انظر: المغني (١٢/٩٧).
(٩) انظر: المغني (١٢/٩٧)، الشرح الكبير (٥/٤٥٢)، الإنصاف (٦/٢٣٥)، كشاف القناع (٤/١٢٥).

وفي الفصول: إن باعه فراراً: لم يسقط الضمان. لأن الحيل لا تسقط الحقوق بعد وجوبها[١]. ولا يمنع من حدوثها وطريانها بدليل الفرار من الزكاة والتحيل لسقوط الشفعة كل ذلك لا يسقط حقاً ولا يمنع وجوباً كذلك ها هنا. انتهى.

والأولى. إن شاء الله. وجوب الضمان عليه مطلقاً[٢]، وهو مذهب الشافعي[٣] فيما حكى صاحب التهذيب لأن الميلان إلى ملك الغير وتوقع الضرر به واجب الإزالة، فيصير بإعراضه متعدياً فيتعلق به الضمان.

وقياساً على ما لو باع سهماً أخرجه من متن القوس فأصاب حيواناً أو نصب فخاً أو شبكة فباعه قبل وقوعه بيد مضمون فيه، فإن الضمان واجب في ذلك كله بل أولى بالنسبة إلى الفخ؛ لأن نصبه لا عدوان فيه، والإعراض ها هنا محض العدوان[٤]

فصل

قال في المجرد: لو أخرج جناحاً إلى طريق أو ملك إنسان، فطولب بالنقض فباع الدار ولم ينقض ضمن ما تولد من جنايته[٥] وهو ما حكى البغوي الشافعي في تهذيبه[٦] لحصول الجناية مما هو من فعله وعدوانه، وكذا الساباط وما في معناه والحائط المبنى مائل إلى الطريق أو ملك الغير.

---

(١) انظر: القواعد الفقهية (ص٣٤) قاعدة رقم (٢٤)، الإنصاف (٦/٢٣٥)، كشاف القناع (٤/١٢٥).

(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/١٧٦).

(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٥)، والقواعد الفقهية ص(٣٤) قاعدة رقم (٢٤).

(٥) انظر: الفروع (٤/٣٨٩، ٣٩٠) والقواعد الفقهية ص(٣٤) قاعدة رقم (٢٤).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٧/١٧٦) ذكر فيه ما قاله البغوي.

فصل

تلف الجدار (آدمي)[١]، فالدية على عاقلة المالك ثم إن أنكرت كون الجدار له فلا عقل عليهم إلا أن يثبت بينه لأن الأصل عدم الوجوب. فلا يثبت بالشك وإن اعترف المالك بالتلف به وأنكرته لزمه الضمان دونهم؛ لأنها لا تحمل اعترافاً. وكذا ما لو أنكروا مطالبته بالنقض، فالحكم على ما قلنا. ولو كان الجدار في يده وهو ساكن في الدار، لم يثبت الوجوب على العاقلة بذلك، لأن دلالة اليد على الملك دلالة الظاهر، والظاهر لا يثبت به الحقوق، إنما ترجح به الدعوى، ذكر هذا المصنف[٢] والقاضي وغيرهما. فتلخص أن العاقلة لا تضمن ما يثبت بالبينة ثلاثة أمور: التقدم إلى المالك بالنقض، والتلف بالجدار، وكون الجدار ملكاً له.

فصل

تشقق الجدار ولم يمل إن تشقق عرضاً: فكالمائل فيما قدمنا[٣] ذكره المصنف[٤] والقاضي وغيرهما؛ لأن التلف به متوقع. وكذا ما لو خرج أصله أو وسطه كالبطن من البطون مما يتوقع سقوطه قاله ابن عقيل. قالوا وإن تشقق طولاً: فله حكم الصحيح. لأن الضرر به غير مخوف[٥].

---

(١) كتبت في المخطوط: «ذمي»، والصحيح ما أثبته في المتن. انظر: المغني (١٢/٩٧) الشرح الكبير (٥/٤٥٣)، المبدع (٥/١٩٦).

(٢) انظر: المغني (١٢/٩٧) الشرح الكبير (٥/٤٥٣)، المبدع (٥/١٩٦)، كشاف القناع (٤/١٢٥).

(٣) سبق ذكره.

(٤) انظر: المقنع (٢/٢٥٤).

(٥) انظر: المغني (١٢/٩٧٦) الشرح الكبير (٥/٤٥٢)، المبدع (٥/١٩٦) الإنصاف (٦/٢٣٥).

فرعان: أحدهما: سقط الجدار إلى الطريق فلم يرجعه حتى تلف به مال، هل يضمن؟ قال بعض شيوخنا في كتابه: يحتمل وجهين[(١)]، ومثلها لأصحاب الشافعي[(٢)] والصحيح وجوب الضمان لتعديه بالإبقاء فيها.

والثاني: أسند جدار الغير بخشبة ثم أزالها بدون إذنه فسقط وجب الضمان، لأن الإزالة إضرار فأوجب الضمان كسائر صور العدوان. انتهى.

قال: **(وما أتلفت البهيمة، فلا ضمان على صاحبها، إلا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والقائد فيضمن ما جنت يدها أو فمها دون ما جنت رجلها، وما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً)**[(٣)].

للبهائم إذا أتلفت حالتان[(٤)]:

إحداهما: أن لا تكون في يد إنسان فإما نهاراً، فلا ضمان[(٥)] قال في رواية موسى بن سعيد: ما أصابت العجماء بالنهار، فلا شيء عليه.

وفي رواية حنبل: إن أصابت ليلاً كان على أهلها الغرم، وإن كان ذلك نهاراً لم يلزمهم، على أهل الأموال حفظ أموالهم بالنهار، وعلى أهل الماشية حفظ ماشيتهم بالليل[(٦)].

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٩٤).

(٢) انظر: روضة الطالبين (١٧٦/٧).

(٣) انظر: المقنع (٢/ ٢٥٥، ٢٥٦).

(٤) هناك حالتان الحالة الثانية سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

(٥) انظر: المغني (١٢/ ٥٤١) الشرح الكبير (٥/ ٤٥٣)، المبدع (٥/ ١٩٦) كشاف القناع (٤/ ١٢٥).

(٦) انظر: المغني (١٢/ ٥٤١، ٥٤٢) الشرح الكبير (٥/ ٤٥٤، ٤٥٥)، المبدع (٥/ ١٩٩) كشاف القناع (٥/ ٤١٨، ٤١٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٩٠٣، ٩٠٤) حاشية الروض المربع (٥/ ٤١٨، ٤١٩). إلا أنه لم ينسب له.

وفي مسائل إسحاق بن إبراهيم[١]: سألت أحمد عن شاة دخلت في طراز حائك عند العشاء فخرقت ثوبه؟ قال: إن كانت الشاة انفلتت قبل الصلاة، لم يلزم صاحب الشاة شيء، وإن كان بعد الصلاة لزمه، لأنه من الليل على أهل المواشي حفظها بالليل وعلى أهل الحائط حفظه بالنهار.

ونص عليه من رواية أبي طالب أيضاً، وبذلك قال شريح، والزهري، والشعبي[٢]، وحماد، والأئمة الثلاثة[٣]، والأكثرون من علماء الحجاز[٤]، وإسحاق، وأهل الظاهر[٥]. وعن عطاء، وابن شبرمة، والليث خلافه. قال الليث[٦]: والواجب أقل الأمرين، من قيمتها، أو قدر ما أتلفته، كما في العبد الجاني. وعن الثوري[٧] وإن كان متعمداً ضمن، وإلا فلا لأنه نتيجة فعله.

ولنا: عموم ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال (العجماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي (الركاز)[٨] الخمس) أخرجاه في الصحيحين[٩] وفي الموطأ[١٠] من حديث الزهري عن حرام

---

(١) مسائل إسحاق بن إبراهيم ص(٨٨).

(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٥/ ٤٦٠، ٤٦١)، كتاب الديات، باب الدابة والشاة تفسد الزرع.

(٣) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (١٤٩/٤)، والمهذب (٢٢٦/٢)، روضة الطالبين (٣٩٩/٧).

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٤١) الشرح الكبير (٤٥٤/٥).

(٥) جاء فيه أن أهل الظاهر قالوا: لا ضمان على صاحب البهيمة فيما جنته في مال أو دم ليلاً أو نهاراً لكن يؤمر صاحبه بضبطه فإن ضبطه فذاك وإن عاود ولم يضبطه بيع عليه. انظر: المحلي (١٤٦/٨).

(٦) قول الليث ذكر في المغني (١٢/ ٥٤١)، الشرح الكبير (٤٥٤/٥).

(٧) ما جاء عن الثوري ذكر في المغني (١٢/ ٥٤٢)، الشرح الكبير (٤٥٥/٥).

(٨) كتبت في المخطوط: «وفي الزكاة»، والصواب ما أثبته في المتن.

(٩) الحديث أخرجه البخاري ومسلم، وقد سبق تخريجه.

(١٠) وأخرجه الإمام مالك، في باب القضاء في الضواري والحريسة، من كتاب الأقضية. الموطأ (١١٧/٢).

بن سعد[١] بن محيصه[٢] أن ناقة للبراء بن عازب[٣] دخلت حائطاً، فأفسدت فقضى رسول الله ﷺ **«أن على أهل (الحوائط)[٤] حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»** وأخرجه الإمام في المسند[٥].

وأبو داود في السنن من رواية الأوزاعي عن الزهري زاد: **«وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها»**. وجعله مسنداً من حديث البراء نفسه غير أن حراماً عنه غير متصل، وأوصل منه ما في كتاب أبي داود من رواية عبد الرزاق عن معمر، عن الزهري عن حرام، عن أبيه أن ناقة للبراء[٦].

وكذلك رواه معن بن عيسى[٧] عن مالك عن الزهري ورواه ابن عيينة[٨]

---

(١) كتبت في المخطوط حران بن سعيد والصواب ما أثبته في المتن انظر: التهذيب (١٩٦/٢).

(٢) وهو: حرام بن سعد بن محيصه بن مسعود بن كعب الأنصاري أبو سعد ويقال: أبو سعيد المدني قال ابن سعد: كان ثقة قليل الحديث توفي سنة (١١٣هـ). انظر: التهذيب (١٩٦/٢)، الجرح والتعديل ص(١١٣).

(٣) هو: البراء بن عازب بن الحارث بن عدي الأوسي أبو عمارة ويقال: أبو عمرو أبو الطفيل المدني توفي سنة (٧٢هـ). انظر: التهذيب (٣٧٢/١).

(٤) كتب في المخطوط (الحائط) والصواب ما أثبته في المتن انظر: الموطأ لا بن مالك (١١٧/٢).

(٥) أخرجه الإمام أحمد، في المسند (٤٣٥/٥، ٤٣٦).

(٦) أخرجه أبو داود، في: باب المواشي تفسد زرع القوم، من كتاب البيوع. سنن أبي داود (٢٦٧/٢).

(٧) هو: معن بن عيسى بن يحيى بن دينار الأشجعي مولاهم القزاز أبو يحيى المدني أحد أئمة الحديث، كان ثقة كثير الحديث ثبتاً مأموناً وقال الخليلي: قديم متفق عليه رضي الشافعي بروايته توفي سنة (١٩٨هـ). انظر: التهذيب (٢٢٦/١٠)، الجرح والتعديل (٢٧٧/٨).

(٨) ابن عيينه هو: عيينه بن عبد الرحمن بن جوشن الغطفاني الجوشني أبو مالك البصري. انظر: تهذيب التهذيب (٢١٥/٨).

وسفيان بن حسين[١] عن الزهري عن سعيد بن المسيب وحرام جميعاً أن ناقة للبراء[٢].

مع أن أبا عمر بن عبد البر قال: إن كان هذا مرسلاً، فهو مشهور وحدث به الأئمة الثقاة، وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول[٣].

وحرام بن سعد ذكره أبو حاتم بن حبان في الثقاة وقال ابن سعد كان معه قليل الحديث[٤].

قوله: ضامن؛ أي: مضمون ككاتم؛ أي: مكتوم. وماء دافق؛ أي: مدفوق. وتوجيه الدلالة من قصة الناقة تخصيص الضمان بالليل، فإنه مفهم لانتفائه بالنهار مع ما أشار إليه النبي ﷺ من أن على أهل الأموال حفظ الأموال نهاراً وعلى أهل البهائم حفظها ليلاً[٥] فإن ذلك بمفرده دال على ما ذكرنا[٦] إذ البهائم لو لم ترسل نهاراً لما حفظت الأموال عنها نهاراً كما أن الأموال لما لم تحفظ ليلاً احتيج إلى حفظ البهائم عنها ليلاً وإذاً إهمال الأموال نهاراً تفريط من أهلها، فيعود عليهم.

ولأن الحاجة تدعوا إلى إرسال البهائم وانتشارها نهاراً والضبط إذاً عسر أو متعذر فيضمن جنايتها عسر وحرج، ومؤدي إلى منع اقتنائها فيكون منتفياً[٧]، ثم لا فرق فيما ذكرنا بين إرسالها عمداً أو استرسالها

---

(١) هو: سفيان بن حسين بن حسن أبو محمد أو أبو الحسن الواسطي، ثقة في غير الزهري بإتقانهم. انظر: التقريب ص(١٢٨)، التهذيب (٩٦/٤).
(٢) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الدابة والشاة تفسد الزرع (٤٦١/٥).
(٣) انظر: المغني (٥٤١/١٢)، الشرح الكبير (٤٥٤/٥)، المبدع (١٩٩/٥)، كشاف القناع (١٢٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٣/٣)، حاشية الروض المربع (١٤٨/٥).
(٤) انظر: التهذيب (١٩٦/٢)، الثقات (١٨٥/٤).
(٥) الحديث أخرجه أحمد وأبو داود وقد سبق تخريجه.
(٦) سبق ذكره.
(٧) انظر: المغني (٥٤١/١٢، ٥٤٢)، الشرح الكبير (٤٥٢/٥، ٤٥٥)، المبدع (١٩٩/٥)، =

بنفسها كما هو مطلق في المتن[(١)]. وفي الكتاب الكبير[(٢)] التصريح به إذا أرسل وهو صريح أو ظاهر في العمد، وإطلاق نص أحمد الذي قدمناه[(٣)] مفيد لعدم الفرق، وهو ظاهر كلام الأكثرين من أهل المذهب[(٤)]. هو قول الحسن وابن سيرين وغيرهما[(٥)] وإليه ذهب داود وأصحابه وبعض أصحاب الشافعي[(٦)].

وعن أحمد: إنما يسقط الضمان إن انفلتت أما إن تعمد فالضمان واجب. قال في رواية إسحاق بن منصور[(٧)]: وأما بالنهار فإذا أرسلها عمداً فعليه الغرم، وإذا انفلتت فليس عليه شيء.

ويؤيده ما نص في رواية يعقوب بن بختان: وسئل عن العجماء جرحها جبار؟ قال: الدابة المنفلتة إذا غلبت صاحبها ثم أفلتت، فما أصابت فهو هدر. ومثله ما روى مهنا وسأله عن حديث: «**العجماء جرحها جبار**»؟ فقال: إنما ذلك إذا انفلتت[(٨)].

وهذا اختيار القاضي في المجرد إذا كان نهاراً فقد أطلق أحمد القول بعدم الضمان، وهذا محمول عندي على المواضع التي فيها ضياع تزرع وموات ترعى[(٩)].

= كشاف القناع (١٢٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٣/٣، ٩٠٤)، حاشية الروض المربع (٤١٨/٥، ٤١٩).

(١) انظر: المقنع (٢٥٥/٢، ٢٥٦).

(٢) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٢).

(٣) سبق ذكره.

(٤) انظر: الإنصاف (٢٤٠/٦).

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الدابة المرسلة والمنفلته تصيب إنساناً (٤٠٢/٥).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٤٠٠/٧).

(٧) انظر: مسائل أحمد برواية الكوسج ص(٣٩٧).

(٨) انظر: كشاف القناع (١٢٧/٤) ولم ينسبه لأحد.

(٩) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٢)، الشرح الكبير (٤٥٥/٥)، المبدع (١٩٩/٥)، كشاف القناع (١٢٨/٤).

أما القرى العامرة والبلدان المتجاورة التي لا موات بالقرب منها، وإنما يكون الرعي والكلا بين قراحين[١] ونحو ذلك، فلا يجوز لأهل الماشية إرسالها للرعي بغير حافظ لها عن الزرع، فمتى فعل فقد فرط وعليه ضمان ما أفسدت. انتهى[٢].

وهذا قول الحنفية، والمالكية[٣]، والأكثرين من الشافعية[٤]، وقال به الشعبي[٥] والحكم، والثوري، وإسحاق للتمكين من الإتلاف.

ووجه الأول وهو الحق ما تقدم من خبر أبي هرير[٦] فإنه متأول لمحل النزاع وما تقدم من قصة ناقة البراء[٧]، فإن إيجاب حفظ البهائم ليلاً دليل انتفائه نهاراً. وأيضاً، فالقضاء بحفظ الأموال نهاراً إيماء إلى التمكين من استصلاح البهائم بالانتشار للعري وغيره، فيكون إيماء إلى الإرسال ولابد تحصيلاً للمصلحة المقصودة فتقيد انتفاء الضمان، ولأن الحاجة كما قدمنا[٨] تدعوا إلى الإرسال لاستصلاحها ويشق أو يتعذر المراعاة لها والذهاب معها في مراعيها، فيؤدي الضمان إذاً إلى عسر وحرج.

وأما حمل الخبر[٩] على ما قالوا، فلا يصح بوجه فإنه أعني الخبر مصرح بأن على أرباب الأموال حفظها نهاراً وذلك ينفي كون

---

(١) القراح هي: المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيه شجر. انظر: الصحاح (٣٩٦/١).

(٢) انظر: المغني (٥٤٢/١٢)، الكافي (٢٤٩/٤)، الشرح الكبير (٤٥٥/٥)، المبدع (١٩٩/٥)، كشاف القناع (١٢٨/٤).

(٣) انظر: بداية المجتهد (١٥٢/٤).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣٩٩/٧).

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة باب الدابة المرسلة أو المتغلة من كتاب الديات (٤٠٢/٥).

(٦) خبر أبي هريرة سبق ذكره.

(٧) قصة ناقة البراء ذكرها.

(٨) سبق ذكره.

(٩) أي: خبر ناقة البراء بن عازب رضي الله عنه وقد تقدم ذكره.

الزروع المملوكة المحترز عنها بالضبط ثم لو أريد لما احتيج إلى صون الأموال عنها ولما افترق الحال بين الليل والنهار، فإن البهائم على ما ذكروا مصونة عن الزرع المملوكة في كل حال والأمر بخلافه، انتهى.

فرع

رعى ربها زرع الغير فلا تردد في الضمان: قال يوسف بن موسى[١]: سئل أبو عبد الله عن زرع في أرض يعني لرجل فجاء آخر فرعى فيه فأفسد؟ قال: يضمن قيمة ما أفسد انتهى. ولا أعلم فيه خلافاً لإتلاف مال الغير عدواناً.

آخر: أرسل طائراً فأفسد، أو لقط حباً فلا ضمان[٢]: ذكره وقال به الشافعية[٣] لجريان العادة بالإرسال ولكونه في معنى البهيمة.

فصل

وإن كان الإتلاف ليلاً فالضمان واجب[٤] قال في رواية موسى بن سعيد: وما أصابت ـ يعني: العجماء ـ بالليل فهم ضامنون. وتقدم النص عليه أيضاً من رواية حنبل وإسحاق بن إبراهيم[٥] ونص عليه أيضاً من

(١) هو: يوسف بن موسى العطار الحربي، كان يهودياً، أسلم على يدي الإمام أحمد، وهو حدث، فحسن إسلامه، ولزم العلم، وروى عن الإمام أحمد أشياء. انظر: طبقات الحنابلة (١/ ٤٢٠، ٤٢١)، المقصد الأرشد (٣/ ١٤٤).

(٢) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣)، الإنصاف (٦/ ٢٤٢).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/ ٤٠٠).

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٢)، الشرح الكبير (٥/ ٤٥٤)، المبدع (٥/ ١٩٩)، الإنصاف (٦/ ٢٣٩)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٩٠١).

(٥) رواية موسى بن سعيد سبق ذكرها ورواية حنبل وإسحاق بن إبراهيم.

رواية آخرين وبه قال شريح والشعبي[1] ومالك[2] والشافعي[3] وإسحاق والقائلون بالضمان في التي قبلها خلافاً لحماد[4] وأبي حنيفة وأهل الظاهر[5] وتمسكوا بعموم خبر أبي هريرة[6] ولأن ما لا يضمن بالنهار لا يضمن بالليل كما في المنفلتة والكلاب والسنانير وأيضاً فلا فعل منه ولا سبب فلم يضمن كما لو انفلت نهاراً.

ولنا: حديث ناقة البراء[7] وهو نص في محل النزاع مخصص لخبر أبي هريرة[8] وأيضاً فأصل الضمان شرع من قبلنا قال الله تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٧٨ ـ ٧٩]. ونفشت؛ أي: رعت ليلاً. وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ وما يذكر من الأقيسة، فلا يقبل في مقابلة النص، كيف وقد فرّق النبي ﷺ بينهما وقرار الحكم على وفق ما أجرى الله من الفوائد، فالنهار زمن التصرف والحركة للمعاش[9]، قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا ﴿١١﴾﴾ [النبأ: ١١].

فأهل المواشي يسرحون فيه مواشيهم، وأهل الزرع يتعاهدونه بأنفسهم أو بمن وكلوه من الحفظة لانتشار حيوان أو غيره، والليل زمن

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الدابة والشاة تفسد الزرع (٤٦١/٥).
(٢) انظر: بداية المجتهد (١٥٠/٤).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٣٩٩/٧).
(٤) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الدابة والشاة تفسد الزرع (٤٦١/٥).
(٥) انظر: المحلى (١٤٦/٨).
(٦) خبر أبي هريرة سبق تخريجه.
(٧) حديث ناقة البراء سبق تخريجه.
(٨) خبر أبي هريرة سبق تخريجه.
(٩) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٢)، الشرح الكبير (٤٥٨٥/٥)، المبدع (١٩٩/٥).

انكفات وإيواء وسكن. قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلَ ٱلَّيۡلَ سَكَنًا﴾ [الأنعام: ٩٦]، فالتمكن من انتشارها ليلاً وإهمال الزرع نهاراً تقصير من كل الفريقين في وظيفته فيعود أثره عليه[1].

وإذا نجز هذا، فإنما يضمن إذا ما لو فرط في الضبط. أما ما لم يفرط، فلا ضمان، وكذلك قال القاضيان أبو يعلى، وابنه أبو الحسين. وابن عقيل والقاضي يعقوب بن إبراهيم، وأبو عبد الله السامري، والمصنف في الكافي[2] وغيرهم[3].

ولأحمد فيه نصوص عامة قال في رواية ابن بختان: الدابة المنفلتة إذا غلبت صاحبها ثم انفلتت فما أصابت فهو هدر. وفي رواية مهنا: وسأله: أليس قال رسول الله ﷺ: «**العجماء جرحها جبار**»[4]؟ فقال: إنما ذاك إذا انفلتت وقد مر في المسألة قبلها[5] وقال أبو طالب: سألت أحمد عن ضمان الدابة المنفلتة قال: إن دخلت حريم قوم فليس عليه شيء وإذا أفلتت فقتلت، فليس على صاحبها شيء وإن قلتها رجل كأنه يوجب عليه ثمنها.

وفي مسائل إسحاق بن إبراهيم: سألت أبا عبد الله عن ناقة انفلتت فقتلت صبياً فعدا أبو الصبي فقتلها؟ قال: إذا كانت انفلتت لا يملكها يغرم أبوه ثمن الناقة[6]، وهو مؤيد بنصهِ على أن الراكب لا يضمن نفح

---

(١) انظر: المغني (١٢/٥٤١، ٥٤٢)، الكافي (٤/٢٤٩)، الشرح الكبير (٥/٤٥٤)، المبدع (٥/١٩٩)، كشاف القناع (٤/١٢٨) شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٣، ٩٠٤)، وحاشية الروض المربع (٥/٤١٨).

(٢) انظر: الكافي (٩/٢٤٩).

(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٠).

(٤) الحديث سبق تخريجه.

(٥) رواية ابن بختان ومهنا سبق ذكرها.

(٦) وممن قال بهذا الحكم عمر وأبي بكر وشريح وغيرهم انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الفحل والدابة والمعدن والتبر (٥/٤٠٢).

الرجل معللاً بعد القدرة على الحبس، وكذلك النص على أنه لا يضمن ما يفسده مما لو نخسها(١) ناخس؛ لأنه ليس من جهته(٢).

وبهذا قال الحكم وحماد والشافعي(٣) والثوري وغيرهم(٤)؛ لدخوله في خبر أبي هريرة(٥).

وروى ابن أبي شيبة في المصنف عن حفص(٦) عن الحجاج هو ابن أرطأة عن القاسم بن نافع(٧) قال: قال عمر ﷺ: (ما أصاب المنفلت فلا ضمان على صاحبه، ومن أصاب المنفلت ضمن)(٨).

وفي الإسناد مقال ولأنه غير معتد ولا مفرط وفي المحرر(٩) رواية بالضمان كما هو مطلق في المتن(١٠).

قال اسحاق بن منصور قال أحمد: أما بالنهار فإذا أرسلها عمداً

---

(١) نخس: نخسه بعود ينخسه وينخسه نخساً، ومنه سمي النخاس. انظر: الصحاح (٩٨١/٣).

(٢) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٤)، الشرح الكبير (٤٥٤/٥)، المبدع (١٩٨/٥)، الإنصاف (٢٣٨/٦)، كشاف القناع (١٢٦/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٢/٣)، وحاشية الروض المربع (٤٢١/٥).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤٠١/٧).

(٤) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الرجل ينخس الدابة وباب الدابة تنفخ برجلها (٤٥٨/٥)، (٤٠٠) إلا أنه لم ينسب لهم.

(٥) خبر أبي هريرة سبق تخريجه.

(٦) لعله يقصد به حفص بن غياث ابن طلق بن معاوية النخعي أبو عمر، الكوفي القاضي، ثقة فقيه، تغير حفظه قليلاً في الآخر توفي سنة (٩٦هـ)، وقيل: (٩٤هـ) أو (٩٥هـ). انظر: التقريب ص(٧٨، ٧٩)، التهذيب (٤١٥/٢).

(٧) هو: القاسم بن نافع بن أبي بزه واسم ابن أبي بزه يسار مولى عبد الله بن السائب بن صيغي المخزومي ويكنى القاسم بأبي عبد الله. انظر: التهذيب (٢٧٨/٨)، الجرح والتعديل (١٢٢/٧).

(٨) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٤٠٢/٥) كتاب الديات باب المرسلة أو المنفلتة تصيب إنساناً.

(٩) انظر: المحرر (١٦٢/٢).

(١٠) انظر: المقنع (٢٥٥/٢).

فعليه الغرم، وإذا انفلتت فليس عليه شيء، وإن انفلتت بالليل فعلى صاحبها الغرم[١].

ومر من رواية إسحاق بن إبراهيم[٢]: وسأله عن شاة دخلت طرار حائك عند العشاء فخرقت ثوبه قال: إذا انفلتت قبل الصلاة لم يلزم صاحبها شيء، وإن كان بعد الصلاة لزمه، لأنه من الليل على أهل المواشي حفظها بالليل. وبه قال إسحاق تمسكاً بعموم ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها، والحق أنه مخصوص بحالة التفريط لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ﴾ [البقرة: ٢٨٦]، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍۚ﴾ [الحج: ٧٨].

ولعل نص أحمد فيما إذا انفلتت لتقصير في (الانسياق)[٣] فعلى هذا لو سقط الجدار فخرجت، أو عقل الجمال في البداية، فقطعت فلا ضمان ذكره أبو الحسن في فروعه وغيره لانتفاء التفريط.

ولو أخرجها أو فتح عليها الغير فالضمان على المخرج أو الفاتح[٤] قاله القاضي أبو يعلى وابن عقيل وغير واحد، وهذا لا تردد فيه لأنه المتلف. وعلى الثانية: يحتمل أن يجب عليهما ـ أعني: المالك والفاتح ـ والقرار على الفاتح؛ لأنه مباشر. انتهى.

فصل

وقوله: وما أفسدت من الزرع والشجر تخصيص للضمان بالأمرين، وقد صرح في المغني[٥] فقال: أما غير الزرع فلا يضمن، لأن البهيمة

---

(١) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج ص(٣٩٧) مسألة رقم (٣١١).
(٢) رواية إسحاق بن إبراهيم سبق ذكرها.
(٣) كتبت في المخطوط: «الأنياق»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.
(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٢)، الشرح الكبير (٥/ ٤٥٥) كشاف القناع (٤/ ١٢٨).
(٥) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٢، ٥٤٣)، الإنصاف (٦/ ٢٤٠).

لا تتلف ذلك عادة، فلا تحتاج إلى حفظها بخلاف الزرع، وقال أيضاً: وإن أتلفت غير الزرع لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلاً كان أو نهاراً. ثم أشار إلى أن الزرع تدعوها نفسها إلى أكله بخلاف غيره، فلا يصح قياسه عليه، انتهى.

وهذا لم أجده لأحد غيره.

وكافة الأصحاب على التعميم لكل مال. بل منهم من صرح بالتسوية بين الزرع وغيره[١] فقال: لا فرق بين أن يتلف زرعاً أو غير الزرع في إيجاب الضمان ذكره القاضي في المجرد، والسامري في المستوعب[٢]، ولفظه: ما أتلفته البهائم من الزرع وغيرها ليلاً فعلى صاحبها ضمانه وكذلك نصوص أحمد عامة من غير تخصيص. ومنها ما هو صريح فيما عدا الزرع كما روى إسحاق بن إبراهيم في تخريق ثوب الحائك وقد تقدم غير مرة[٣] وهذا الحق بغير تردد، وهو مذهب شريح والشعبي[٤] ومالك[٥] والشافعي[٦] لما في قصة ناقة البراء (أن النبي ﷺ قضى أن على أهل الحائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها)[٧]، وهذا متناول لكل مال.

فصل

لو جرت عادة بعض النواحي بربطها نهاراً أو بإرسالها وحفظ الزرع

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٤١).
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٤١).
(٣) سبق ذكرها.
(٤) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الدابة والشاة تفسد الزرع (٥/٤٦١).
(٥) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/١٤٩، ١٥٠).
(٦) انظر: المهذب (٢/٢٢٦)، روضة الطالبين (٧/٤٠٠).
(٧) الحديث سبق تخريجه.

ليلاً: فالحكم كذلك[١]. وهو قول الشافعية[٢] في أحد الوجهين وفي الآخر العكس إعمالاً لربط الضمان بالتقصير.

ولنا: (قضاء النبي ﷺ إن ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها)[٣] وتخلف العلة ها هنا نادر فلا يعتبر به في التخصيص)[٤]، انتهى.

فصل

إرسال من ليس له الإرسال كغاصب ونحوه: موجب لضمان جنايتها نهاراً كما في جنايتها ليلاً؛ لأن السبب عدوان. وأما إرسال المودع نهاراً، فكإرسال المالك في انتفاء الضمان[٥]. وبه قال بعض الشافعية[٦] وعن بعضهم يضمن كما لو كان ليلاً؛ لأن عليه الحفظ في الوقتين.

ولنا: الواجب إنما هو الحفظ بحسب ما يحفظ الملاك أموالهم وذلك ثابت في هذه الحالة، فكان كما لو أذن فيه عيناً والمستعير والمستأجر كذلك.

ولو استأجر أجيراً لحفظ دوابه، فأرسلها نهاراً فكذلك أيضا. اللهم إلا أن يشترط الكف عن الزرع، فيضمن لعدوانه. فهو كاشتراط المالك على المودع ضبطها نهاراً، والله أعلم[٧]، انتهى.

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٢). كشاف القناع (٤/١٢٨).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٧/٣٩٩).

(٣) الحديث سبق تخريجه.

(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٤)، وكشاف القناع (٤/١٢٨).

(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠٤).

(٧) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٢).

فصل

قال بعض الفقهاء: إنما تعلق الضمان برقبة البهيمة كما علق برقبة العبد؛ لأن إتلاف البهيمة يحال على تقصير مالكها، وهي كالألة له والعبد مختار ذو ذمة وأقرب ما يؤدي فيه رقبته فتعلق بها[(١)].

فرع

أورد الخلال عن أحمد من رواية إسحاق بن منصور أنه قال صاحب الزرع: أفسدت غنمك زرعي بالليل ينظر في الأثر، فإن لم يكن أثر غنمه في الزرع، فلا بد لصاحب الزرع من أن يجيء بالبينة. قال إسحاق بن راهويه: كما قال[(٢)].

فصل

الحالة الثانية: كونها في يد إنسان فعليه ضمان ما يفسده من نفس أو مال سواء كان راكباً أو قائداً أو سائقاً[(٣)].

قال أبو طالب: سألت أبا عبد الله عن ضمان الراكب والقائد والسائق قال: يضمن الراكب والقائد والسائق ما اوطأت بيدها واقفاً أو سائراً؛ لأنه يقدر أنه يحبسها أو يعدل. ثم قال: بعد كلام آخر فالراكب والقائد والسائق يضمنون. وفي موضع آخر يضمن القائد

---

(١) انظر: كشاف القناع (١٢٦/٤)، الفروع (٣٩٠/٤).

(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج ص(٣٩٧) مسألة رقم (٣١١)، القواعد الفقهية ص(١٨) قاعدة رقم (١٣)، الإنصاف (٢٤١/٦).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣، ٥٤٤)، الشرح الكبير (٤٥٣/٥)، المبدع (١٩٨/٥)، الإنصاف (٢٣٦/٦) كشاف القناع (١٢٦/٤) شرح منتهى الإرادات (٩٠٢/٣)، وحاشية الروض المربع (٤٢١/٥).

والراكب والسائق ما وطأت الدابة لأنه يقدر أن يحبسها[١] قال: والدليل عليه حديث النبي ﷺ: «**على أهل الماشية حفظ الليل وأهل الزرع النهار فهم لا يقدرون أن يحبسوها**»[٢].

وقال حرب بن إسماعيل: سألت أبا عبد الله عن الرجل يكون راكباً دابة فتعقر إنسان، قال: إذا لم يهيجه إنسان أو ينخسه، فهو ضامن لكل ما أصاب؛ لأن على الرجل أن يحفظ الدابة[٣].

قال في رواية ابن بختان: إذا كان عليها فينبغي له أن يصرفها، فإذا وطئت شيئاً كان عليه.

وفي رواية مهنا: سألت عن رجل اكترى من رجل دابة فركبها فأصابت دابة إنسان فعقرته فعلى من يكون؟ قال: على راكبها.

وفي رواية موسى بن سعيد: كلما زعمت أن عليه حفظ الشيء فما أوطأ فهو ضامن، على حديث النبي ﷺ: «**أن عليهم حفظ مواشيهم بالليل**»[٤]، ويضمن إذا كان سائقاً أو راكباً في الليل والنهار.

وقال في رواية إسحاق بن إبراهيم: إذا وطئت يلزمه ما كسرت والقول بأصل الضمان مذهب الجمهور فيما قيل، وممن قال به شريح، والشعبي، والنخعي، وعطاء، وطاوس، والحسن، والحكم[٥]، الأئمة الثلاثة[٦]،

---

(١) جاء في الفروع (٣٩١/٤) والإنصاف (٢٣٨/٦) نقلاً عن أبو طالب بانه لا يضمن ما أصابت برجلها أو نفحت بها. لأنه لا يقدر على حبسها.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٤)، الشرح الكبير (٤٥٤/٥)، الفروع (٣٩١/٤)، الإنصاف (٢٣٨/٦).

(٤) الحديث سبق تخريجه.

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب السائق ما عليه (٣٩٥/٥).

(٦) انظر: تحفة الفقهاء (١٢٣/٣)، روضة الطالبين (٤٠٠/٧) الكافي في فقه أهل المدينة ص(٤٣٥).

خلافاً[١] استدلوا بخبر أبي هريرة: «**العجماء جرحها جبار**»[٢].

ولنا: (أن النبي ﷺ قضى على أهل الحوائط بحفظها نهاراً، وعلى أهل الماشية بحفظها ليلاً، وأن ما أصابت بالليل ضامن على أهلها)[٣].

أناط الضمان بالتقصير في الحفظ الممكن عادة فحيث قصر في الحفظ الممكن وجب الضمان[٤]، وذلك ثابت في محل النزاع فيثبت الحكم به، تخصيص خبر أبي هريرة، وبه استدل أحمد كما أوردنا عنه[٥] من غير وجه.

وفي الموطأ: قضى عمر بن الخطاب على الذي أجرى فرسه بالعقل: قال مالك فالقائد والسائق والراكب أحرى أن يغرموا من الذي أجرى فرسه بالعقل[٦]؛ أي: أنه حالة الإجراء لا يحصل له ملكه الكف عن الشيء كما يحصل لغيره وفي مصنف ابن أبي شيبة من رواية أبي معاوية الضرير عن حجاج عن قتادة خلاس[٧] عن علي رضي الله عنه: «أنه كان يضمن القائد والسائق والراكب»[٨]، وضمنهم - أعني: عمر وعلياً رضي الله عنهما - في مظنة الشهرة، ولا مخالف لهما فيكون وفاقاً، ولأن الناشيء عنها في هذه الحالة ينسب إليه لكونها كالآلة فضمن.

---

(١) انظر: المحلى (١٤٥/٨)، وذكر أيضاً قول أهل الظاهر في بداية المجتهد (٣٣٦/٤).

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) الحديث سبق تخريجه.

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٤١، ٥٤٢)، الشرح الكبير (٤٥٤/٥)، المبدع (١٩٩/٥)، كشاف القناع (١٢٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٣/٣، ٩٠٤)، حاشية الروض المربع (٤١٨/٥).

(٥) سبق ذكره.

(٦) انظر: موطأ الإمام مالك، ٢/ ٢١٤).

(٧) هو خلاس بن عمرو الهجري البصري روى عن علي وعائشة وأبي هريرة وروى عنه قتادة ومالك. انظر: التهذيب (١٥٢/٣)، الجرح والتعديل (٤٠٢/٣).

(٨) مصنف ابن أبي شيبة في: باب السائق والقائد ما عليه من كتاب الديات (٣٩٥/٥).

ولهذا لم نقل بدخوله في خبر أبي هريرة[١]؛ لأن الجناية فيه منسوبة إلى البهيمة حيث لم تكن آلة، ولأن العدول عن القائم أو الماشي واجب لوروده عليها حالة الاستقرار فيما يستحقان فكان التقصير فيه موجباً للضمان.

واستدل في المغني[٢] بقول النبي ﷺ: «الرجل جبار»[٣] **قال: وتخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها وهذا فيه بحث، فإن الظاهري يقول ما عدا الرجل قد دل على انتفاء الضمان فيه عموم قول النبي ﷺ: «العجماء جرحها جبار»**[٤].

ويكون تخصيص الرجل بالذكر إذاً من باب تأكيد الحكم فيه، ولا فرق فيما قدمنا بين الليل والنهار كما اقتضاه إيراد الكتاب وكما مر نصه[٥] من رواية موسى بن سعيد يضمن إذا كان سائقاً أو راكباً في الليل والنهار، وهو مذهب الشافعي[٦] وغيره لعموم ما مر من الأدلة[٧]. وكذلك لا فرق في السوق بين كونه عنيفاً أو رقيقاً كما هو مطلق.

وفي نصوص أحمد وروى هيثم عن إسماعيل بن سالم[٨] عن الشعبي إذا ساقها سوقاً رفيقاً فلا ضمان عليه، وإذا أعنف في سوقها

---

(١) خبر أبي هريرة سبق تخريجه.
(٢) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٤).
(٣) أخرجه من حديث أبي هريرة أبو داود، في: باب في الدابة تنفح برجلها، من كتاب الديات سنن أبي داود (٢/٥٠٢)، والدارقطني، في: كتاب الحدود والديات. سنن الدارقطني (٣/١٥٢).
(٤) الحديث سبق تخريجه.
(٥) سبق ذكرها.
(٦) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠٠).
(٧) سبق ذكره.
(٨) هو: إسماعيل بن سالم الأسدي أبو يحيى الكوفي نزيل بغداد، ويقال أنه أخو محمد بن سالم ثقة ثبت انظر: التقريب ص(٣٣)، التهذيب (١/٢٦٣)، الجرح والتعديل (٢/١٧٢).

فأصابت فهو ضامن[١].

ولنا: عموم ما تقدم من الأدلة ولا فرق أيضاً بين حالة الإعلام وعدمها على ما أطلق المصنف والأصحاب، وكذلك أحمد في نصوصه وقال منها: سألت أحمد عن رجل اكترى دابة فركبها فأصابت دابة إنسان فعقرته على من يكون؟ قال: على راكبها[٢] قلت: أليس قال ﷺ: «**العجماء جرحها جبار**»[٣]؟ فقال: إنما ذاك إذا انفلتت. فقلت له: قول علي رضي الله عنه إذا قال فأسمع فلا ضمان عليه، فقال: أرأيت إذا قال الطريق فكان الذي يقال له الطريق أصم[٤].

وهذا رواه ابن أبي شيبة في كتابه عن عباد بن العوام[٥] عن عمر بن عامر[٦] عن قتادة عن خلاس عن علي[٧]، وهو إسناد جيد، وخلاس عن علي ليس عن سماع بل عن كتاب.

ونحوه ما روى أبو بكر أيضاً عن محمد بن بكر[٨] عن ابن جريج عن عطاء قال: يغرم القائد. قلت: والسائق يغرم عن اليد والرجل؟ قال:

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة في: باب السائق والقائد ما عليه من كتاب الديات (٥/٣٩٥).

(٢) سبق ذكره رواية مهنا.

(٣) الحديث سبق تخريجه.

(٤) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب السائق والقائد ما عليه من كتاب الديات (٥/٣٩٥).

(٥) هو: عباد بن العوم ابن عمر بن عبد الله بن المنذر بن مصعب بن جندل الكلابي مولاهم أبو سهل الواسطي ثقة، مات سنة (١٨٥هـ)، وقيل بعدها. انظر: التقريب ص(١٦٣)، التهذيب (٥/٨٦).

(٦) هو عمر بن عامر السلمي البصري قاضيها، صدوق له أوهام مات سنة (١٣٥هـ) وقيل بعدها. انظر: التقريب (٢٥٤)، التهذيب (٧/٤١٠).

(٧) علي رضي الله عنه قال: إذا كان الطريق واسعاً فلا ضمان عليه. انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب السائق والقائد ما عليه (٥/٣٩٥).

(٨) هو: محمد بن بكر بن عثمان البرساني أبو عبد الله ويقال أبو عثمان البصري. انظر: التهذيب (٩/٦٧).

زعموا أنه يغرم عن اليد، فرادته فقال: يقول: الطريق الطريق[١].

وإنما قال أحمد بالضمان للمعنى الذي دل عليه حديث ناقة البراء[٢] من إماطة الضمان بالتقصير في الحفظ وذلك موجود فيما نحن فيه؛ ولأن تنبيه القائم أو الماشي إنما يفيد احترازهما بالانتقال عن مقرها وهذا لا يملكه الراكب فلا يكون مسقطاً للضمان، وإذا أنجز ذلك، فالضمان مخصوص بجناية فمها أو يدها دون جناية رجلها وطأً كان أو نفحاً[٣].

قال في رواية أبي طالب: الدابة ما وطئت بيدها، وهو راكب سائراً أو وقفاً فعليه لأنه يقدر أن يحبس الدابة، وإذا وطأت أو نفحت برجلها، فليس عليه شيء؛ لأنه لا يقدر أن يحبس الرجل[٤].

وقال أيضاً: يضمن القائد والراكب والسائق ما أوطأت الدابة لأنه يقدر أن يحبسها، والدليل على ذلك حديث النبي ﷺ: **«على أهل الماشية حفظ الليل وأهل الزرع النهار فهم لا يقدرون أن يحبسونها»**[٥] وإن نفحت برجلها لم يضمن[٦].

وفي مسائل إسحاق بن إبراهيم: سألت أبا عبد الله عن الدابة تضرب برجلها وعليها صاحبها قال: ليس عليه شيء، وأما إذا وطئت بيدها يلزمه ما كسرت. انتهى.

---

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب السائق والقائد ما عليه من كتاب الديات (٥/٣٩٥).

(٢) حديث ناقة البراء سبق تخريجه.

(٣) انظر: كشاف القناع (٤/١٢٦).

(٤) انظر: الفروع (٤/٣٩١)، الإنصاف (٦/٢٣٨).

(٥) الحديث سبق تخريجه.

(٦) انظر: المبدع (٥/١٩٨)، الإنصاف (٦/٢٣٧)، كشاف القناع (٤)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٢)، حاشية الروض المربع (٥/٤٢١) إلا أنه لم ينسب له.

وروى حرب بن إسماعيل: سألت أبا عبد الله عن الرجل يكون راكباً دابة فتعقر إنساناً قال: هو ضامن لكل ما أصاب لأن عليه أن يحفظ الدابة.

وهذا وإن كان عاماً، فمخصوص بما تقدمه هذا الصحيح في المذهب، وهو اختيار المصنف[١] وأبي الخطاب[٢] والخرقي والسامري وغيرهم، وذهب إليه طاووس والأوزاعي والليث وروينا عن الشعبي: قال: الرجل جبار[٣] خلافاً للحكم وابن أبي ليلى[٤] وابن شبرمة والشافعي[٥] والشعبي في رواية واستدل لهم بأنها في يده، فضمن جناية رجلها بجناية يدها وكما أن السائق يضمن ما لم يره من فعل يدها وفمها كذلك يضمن القائد ما لم يره من فعل رجلها وذنبها[٦].

وقال شريح والنخعي وابن سيرين[٧] وحماد وأبو حنيفة[٨] وأصحابه ومالك[٩]: عليه ما وطئت دون ما نفحت قال في الموطأ[١٠]: فالقائد

(١) انظر: المقنع (٢/٢٥٥).
(٢) انظر: الهداية (١/١٩٧).
(٣) ما جاء عن الشعبي ذكره أبي بكر بن المنذر في الأشراف على مذهب أهل العلم (٣/١٢٤).
(٤) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات (٥/٤٠٠) وما جاء عن ابن أبي ليلى والحكم والشافعي أيضا ذكره ابن المنذر في إشرافه (٣/١٢٤).
(٥) انظر: المهذب (٢/١٩٤)، روضة الطالبين (٧/٤٠٠).
(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في باب الديات تضرب برجلها من كتاب الديات (٥/٤٠٠).
(٧) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الدابة تنفح برجلها من كتاب الديات (٥/٤٠٠).
(٨) انظر: الجامع الصغير ص(٥١٦).
(٩) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/٣٣٦، ٣٣٧) الكافي في فقه أهل المدينة ص٦٠٦.
(١٠) انظر: الموطأ للإمام مالك (٢/٢١٤).

والسائق والراكب كلهم ضامنون لما أصابت الدابة إلا أن ترمح الدابة من غير أن يفعل بها شيء يرمح له.

وثبت عن ابن سيرين[١] أنه قال: كانوا يغرمون من الوطئ ولا يغرمون من النفحة. وهذا ما قاله صاحب المحرر[٢]. ولم يورد سواه عن المذهب.

ونص أحمد من رواية يعقوب بن بختان قال: إذا كان عليها فينبغي له أن يصرفها فإذا وطئت شيئاً كان عليه، وإن نفحت برجلها لم يكن شيء.

وكذلك قال في رواية موسى بن سعيد، كلما زعمت أن عليه حفظ الشيء كما أوطأ فهو ضامن.

وهذا متناول لكل وطيء منهم لانتفاء الضمان بالنفح ووجهه اقتران التفريط بالوطء حيث أمكن الصرف بخلافه في النفح[٣] مع ما سنورده من الخبر في الرجل[٤].

وحكى القاضي عن نص أحمد من رواية أبي طالب: أن السائق يضمن ما جنت الرجل أيضاً[٥].

قال أحمد: والذي يسوقها ما أصابت برجلها أو يدها، فهو ضامن لما أصابت. هذا ما أورد من النص وهو محكي عن أبي حنيفة[٦] وتبعه

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الدابة تنفح برجلها من كتاب الديات (٤٠٠/٥).

(٢) انظر: المحرر (١٦٢/٢) الأنصاف (٢٣٧/٦).

(٣) انظر: الانصاف (٢٣٧/٦)، كشاف القناع (١٢٦/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٢/٣)، حاشية الروض المربع (٤٢١/٥) إلا أنه لم ينسب لأحد.

(٤) سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

(٥) انظر: الإنصاف (٢٣٧/٦).

(٦) انظر: تحفة الفقهاء (١٢٣/٣).

على حكاية هذه الراوية ابن عقيل والمصنف في الكافي[١] وغيرهما.

قال القاضي، وابن عقيل: وهى أصح. لتمكن السائق من مراعاة الرجل بخلاف الراكب والقائد[٢].

وأورد في المغني[٣] هذا الخلاف مطلقاً في القائد والراكب والسائق. والصواب: ما حكاه الكافي[٤] أولاً من التقييد بالسائق فإنه مأخوذ من القاضي، والقاضي إنما أورده في السائق فقط[٥].

مع أن الذي أورد الخلال في الجامع من رواية أبي طالب في غير موضع ما أوردنا أولاً من عدم تضمين جناية الرجل للسائق كما في الراكب والقائد.

ووجه الأول ما روى شعبة عن محمد بن زياد[٦] عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: «**الدابة جرحها جبار والرجل جبار**». وذكر الحديث[٧] أخرجه الدارقطني[٨] في السنن من جهة آدم بن أبي إياس[٩].

عن شعبة وقال لم يروه عن شعبه غيره؛ يعني: (الرجل جبار)، وهذا إسناد جيد رواية على شرط الصحيح.

---

(١) انظر: الكافي (٤/٦٤).

(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٧).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٣، ٥٤٤).

(٤) انظر: الكافي (٤/٦٤). انظر: الإنصاف (٦/٢٣٧).

(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٧).

(٦) هو: محمد بن زياد مولى عثمان بن مظعون القرشي الجمحي بصري أبو الحارث مديني الأصل روى عن أبي هريرة وهو ثقة. انظر: التهذيب (٩/١٤٩)، الجرح والتعديل (٧/٢٥٧).

(٧) جاء في الحديث: «**الدابة جرحها جبار، والرجل جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس**».

(٨) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الديات (٣/١٤٥) حديث (٢١٥).

(٩) هو: آدم بن أبي إياس بن معاوية بن قرة بن إياس بن هلال بن رباب المزني أبو إياس البصري. انظر: التهذيب (١٠/ ١٩٥).

وله شاهد من حديث سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال (الرجل جبار) أخرجه أبو داود في السنن[١]، وهو مما تفرد به سفيان بن حسين عن الزهري، وكان من أهل الصدق إلا أنه لم يكن بالحافظ أو بذاك الحافظ[٢].

وله شاهد آخر: من حديث شعبة والثوري وابن أبي ليلة عن أبي قيس الأودي[٣] عن هزيل بن شرحبيل[٤] قال: قال رسول الله ﷺ (الرجل جبار) هكذا رواه مرسلاً ورواه سلم بن سلام[٥] عن محمد بن طلحة، وكذلك أحمد بن عبيد بن إسحاق[٦] عن أبيه عن قيس بن الربيع[٧] كلاهما عن ابن قيس عن هزيل عن عبد الله هو ابن مسعود عن النبي ﷺ أورد ذلك الدارقطني في سننه[٨].

وأيضاً فحديث ناقة البراء[٩] دل على انتفاء الضمان فيما يعسر أو يتعذر حفظه من جناية البهائم، وعلى ثبوته فيما لا يعسر، والرجل

---

(١) أخرجه أبو داود في: باب الدابة تنفح برجلها من كتاب الديات سنن أبي داود (٢/٥٠٢).

(٢) انظر: التعليق المغني على الدارقطني مطبوع من سنن الدارقطني (٣/١٥٢).

(٣) هو: أبو قيس الأودي عبد الرحمٰن بن ثروان بن قيس الأودي الكوفي توفي سنة (١٢٠هـ). انظر: التهذيب (٦/١٣٨).

(٤) هو هزيل بن شرحبيل الأودي الكوفي الأعمى، أخو الأرقم بن شرحبيل قيل عنه أنه ثقة. انظر: التهذيب (١١/ ٣٠).

(٥) هو سلم بن سلام أبو المسيب الواسطي روى عن بكر بن خنيس وشبعة والمسعودي وأبي عقيل وغيرهم. انظر: التهذيب (٤/١١٥).

(٦) هو: أحمد بن عبيد بن ناصح بن بلنجر البغدادي، أبو جعفر النحوي. انظر: التهذيب (١/٥٢).

(٧) هو قيس بن الربيع الأسدي، أبو محمد الكوفي من ولد قيس بن الحارث ويقال الحارث بن قيس الأسدي. انظر: التهذيب (٨/٣٥٠).

(٨) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/١٥٤) حديث (٢١٤).

(٩) سبق تخريجه.

بهذه المثابة بخلاف يدها وفمها، فوجب أن يثبت ما ذكرنا عملاً بالحديث. وهذا ما استدل به أحمد في المسألة.

والذنب كالرجل يجري فيه الخلاف في السائق. ولا يضمن به الراكب والقائد، كما لا يضمن بالرجل وجهاً واحداً. كذلك أورده في الكافي[(١)] لأنه في معنى الرجل فيثبت له حكمه[(٢)].

فرع

لبعض الأصحاب دفع فرسه إلى من يمسكه فأتلف عينه بذنبه وإن كان عاده له ولم يعلمه ضمن، وإلا فلا.

فصل

وأما إن جنت الرجل لفعله كالضرب في الوجه والكبح باللجام[(٣)]، فلا يختلف الأصحاب في وجوب الضمان وطأً ونفحاً[(٤)]. وهو قول ابن سيرين وغير واحد من السلف ومالك[(٥)] قال ابن سيرين: (ما كانوا يضمنون من الرجل إلا ما رد العنان[(٦)] مذهب أبو حنيفة[(٧)]، كذلك إلا في النفحة.

---

(١) انظر: الكافي (٤/٦٤).

(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٨).

(٣) الكبح: يقال: كبحت الدابة، وكفحتها، وكمحتها وأكفحتها وأكمحتها: إذا جذبها لتقف وقال أبو عثمان: كفحت الدابة، وأكفحتها: إذا تلقيت فاهها باللجام تضربها به، وهو من قولهم لقيته كفاحاً، ويقال أكمحت الدابة، إذا جذبت عنانه حتى ينتصب رأسه، ويقال: كبختها بالخاء المعجمه، ذكره الإمام أبو عبد الله بن مالك في كتاب (وفاق الاستعمال. انظر: المطلع (٢٦٧).

(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٧).

(٥) انظرك الكافي في فقه أهل المدينة ص(٦٠٦).

(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الدابة تضرب برجلها من كتاب الديات (٥/٤٠٠).

(٧) انظر: المبسوط (٢٦، ١٨٩) الجامع الصغير ص(٥١٦).

ولنا: أنه الحامل على الجناية فوجب الضمان عليه[(١)].

قال ابن عقيل: لا فرق بين أن تكبح ليلاً تجني على إنسان بفمها أو يقع في بئر أو ما شاكل ذلك من المصالح، وبين أن يكبح عبثاً. وكذلك قال غير واحد من الأصحاب اعتباراً لحصول الجناية عن الفعل، فهو كما لو رمى سبعاً فأصاب إنساناً وفي التضمين بما هو لمصلحة نظر، انتهى.

فصل

جنت البهيمة لفعل أجنبي بأن نخس أو نفر ونحو ذلك، فلا شيء على من هي في يده راكباً كان أو سائقاً أو قائداً[(٢)] نص عليه من رواية حرب وسأله عن الرجل يكون راكباً دابة إنساناً قال: إذا لم يهيجه إنسان أو ينخسه، فهو ضامن لكل ما أصاب، وإن نخسه أو هيجه فليس عليه شيء[(٣)]، انتهى.

ويستقل الناخس والمنفر بالضمان ذكره المصنف[(٤)] وغيره وهو مذهب شريح والشعبي[(٥)] وأبي حنيفة[(٦)] ومالك[(٧)] والشافعي[(٨)] وحكى

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٤)، الشرح الكبير (٥/٤٥٤)، المبدع (٥/١٩٨)، الإنصاف (٦/٢٣٧)، كشاف القناع (٤/١٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٢).

(٢) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٤)، الشرح الكبير (٥/٤٥٤)، المبدع (٥/١٩٨)، الإنصاف (٦/٢٣٧)،، الفروع (٤/٣٩١)، كشاف القناع (٤/١٢٦)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٢)، حاشية الروض المربع (٥/٤٢١).

(٣) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٤)، الشرح الكبير (٥/٤٥٤)، المبدع، الإنصاف (٦/٢٣٨)، الفروع، كشاف القناع، شرح حاشية الروض المربع (٥/٤٢١). إلا أنه لم ينسب لحرب.

(٤) انظر: المقنع (٢/٢٥٥)، المغني (١٢/ ٥٤٤).

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الرجل ينخس الدابة فتضرب (٥/٤٥٨).

(٦) انظر: المبسوط (٢٧/ ٢، ٣)، تحفة الفقهاء (٣/١٢٥).

(٧) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة ص(٦٠٦).

(٨) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠١).

الرافعي عن ابن كج وجهاً بإشتراكهما فيه هذا بتسببه وهذا بيده.

ولنا: ماروى القاسم ابن عبد الرحمٰن[(١)] قال: أقبل رجل بجارية من القادسية، فمر على رجل واقف على دابة، فنخس رجل الدابة، فرفعت رجلها، فلم تخطىء عين الجارية، فرفع إلى سلمان بن ربيعة[(٢)] فضمن الراكب، فبلغ ذلك ابن مسعود فقال: على الرجل إنما يضمن الناخس) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه[(٣)] عن وكيع عن المسعودي[(٤)] عن القاسم، ولأنه استقل بالجناية فاستقل بالضمان كما في نظائره. وإن أثار حافرها في هذه الحالة حصاة، فأتلف شيئاً ضمنه أيضاً؛ لأنه أثر جنايته.

فصل

واعلم أن مطلق الكبح باللجام والنخس ونحوهما ليس مناطاً لوجوب الضمان بل ما هو مخرج لها عن طورها المعتاد لفرط إزعاجها، فإنه الموجب لا غير، وعليه يحمل ما تقدم منه، وإن كان إيراد من أورد من الأصحاب مطلقاً، وإنما قلناه لأن العرف جارياً باستعمال بعض ذلك لموضع الحاجة إليه، فلا يضمن بما هو على وفقه كضربها وتحريكها وكما في ضرب المعلم ونحوه، انتهى.

---

(١) هو القاسم بن عبد الرحمٰن بن عبد الله بن مسعود المسعودي أبو عبد الرحمٰن الكوفي القاضي، ثقة عابد مات سنة (١٢٠هـ)، وقيل بعدها. انظر: التقريب ص(٢٧٩)، التهذيب (٢٨٩/٨).

(٢) هو سلمان بن ربيعة بن يزيد بن عمرو بن سهم بن ثعلبة الباهلي أبو عبد الله وهو سلمان الخير. انظر: التهذيب (١١٩/٤).

(٣) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الرجل ينخس الدابة فتضرب من كتاب الديات (٤٥٨/٥).

(٤) المسعودي هو: عبد الرحمٰن بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الكوفي المسعودي اختلط قبل موته، وضابطه أن من سمع منه ببغداد فبعد الاختلاط، مات سنة (١٦٠هـ)، وقيل: (١٦٥هـ). انظر: التقريب ص(٢٠٥)، التهذيب (١٩٢/٦).

فصل

ولا ضمان على الرديف[١] ذكره ابن أبي موسى[٢] والقاضي في آخرين وهو قول شريح لتعذر ضبطه وكفه وقال الحسن وقتادة والشعبي وغيرهم هما شريكان[٣] وقد روى الحجاج بن أرطأة عن قتادة عن خلاس عن علي، قال: يضمن الرديفين[٤] والحجاج فيه ما فيه.

وعليه فيما إذا كانا قادرين على الضبط والتصرف كما سنذكره. وإذا أنجز هذا، فالضمان على المقدم لأنه المتصرف والقادر على الضبط إلا أن يتصرف الرديف لصغر المقدم أو مرضه فيضمن لذلك ذكره المصنف[٥].

وإن اشتركا في التصرف اشتركا في الضمان لإشتراكهما في الموجب[٦] انتهى.

وإن كان معها قائد وسائق فالضمان عليهما[٧] وعن بعض المالكية

---

(١) الردف: المرتدف، وهو الذي يركب خلف الراكب. وأردفته أنا، إذا أركبته معك، وكل شيء تبع شيئاً فهو ردفه. انظرك الصحاح (١٣٦٣/٤).

(٢) انظر: الإرشاد ص(٤٦٣).

(٣) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الردف هل يضمن؟ (٣٩٦/٥).

(٤) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الردف هل يضمن؟ (٣٩٥/٥).

(٥) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٤)، الشرح الكبير (٤٥٤/٥)، المبدع (١٩٨/٥)، الإنصاف (٢٣٨/٦)، كشاف القناع (١٢٦/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٣/٣).

(٦) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٥)، الشرح الكبير (٤٥٤/٥)، المبدع (١٩٨/٥) ن الإنصاف (٢٣٨/٦)، كشاف القناع (١٢٦/٤، ١٢٧)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٣/٣)، حاشية الروض المربع (٤٢١/٥).

(٧) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٥)، الشرح الكبير (٤٥٤/٥)، المبدع (١٩٨/٥)، الإنصاف (٢٣٨/٦)، كشاف القناع (١٢٦/٤، ١٢٧)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٣/٣)، حاشية الروض المربع (٤٢١/٥).

على القائد وحده[١]؛ لأن السوق إنما هو بالضرب ساعة بعد ساعة حالة وقوفها ففعله غير مستمر ولا كذلك القائد، فإن فعله مستمر فتأثيره أقوى إلا أن تطأ عند سوقه أو تكون بطيئة فتسرع بسوقه فتطأ فيشتركان إذاً، وهذا قول حسن واحتج القائلون بالأول[٢].

أن كلّاً منهما لو انفرد لضمن، فإذا إجتمعا ضمنا.

وإن اجتمع معهما أو مع أحدهما راكب، فوجهان أوردهما في المغني[٣].

أحدهما: الشركة في الضمان لما ذكرنا وهو قول أبي حنيفة[٤] ورواية عن مالك.

والثاني: استقلال الراكب؛ لأنه أقوى تصرفاً وآكد يداً ولهذا يحكم بها للراكب عند التنازع مع القائد والسائق، وللشافعية[٥] وجهان كالوجهين.

وذكر أيضاً في المغني[٦] احتمالاً بوجوبه على القائد، ودنهما قال: لأنه لا حكم للراكب مع القائد.

وهذا من نحو ما حكى أبو الحسن اللخمي عن مذهب مالك أنه عليهما كون الراكب؛ لأنه لا أثر له معها انتهى.

---

(١) قول المالكية ذكره المرداوي في الإنصاف (٦/٢٣٩).
(٢) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٥)، الشرح الكبير (٥/٤٥٤)، كشاف القناع (٤/١٢٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٣).
(٣) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٥).
(٤) انظر: المبسوط (٢٦/ ١٩٠).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠١).
(٦) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٥).

فصل

والإبل والبغال المقطرة كالبهيمة الواحدة. على قائدها ضمان ما تجنيه كل واحدة منهما[١] وهو قول الأئمة الثلاثة[٢]؛ لأن قود القائد هو المسير بكل واحدة منها.

وإن كان مع القائد سائق شاركه في ضمان الأخير منهما دون ما قبله[٣]، وبه قال مالك ذكره أبو الحسن اللخمي في كتابه، وذهب أبو حنيفة[٤] والشافعي[٥] إلى الشركة في الكل لشمول يده.

ولنا: السوق إنما يؤثر في الأخير وما قبل لا يمكنه حفظه إنما يسير بسير الأول، وأما اليد بمجردها، فلا ينهض عليه للضمان ولابد بدليل الرجل حيث لا يضمن جنياتها مع دخولها في يده هذا. أما إذا كان في آخرها، ولو كان في أولها: شارك في الكل. الأول لكونه سائقاً وما بعده فلمشاركته في القود.

وإن كان فيما عدا الأول والآخر شارك في ضمان ما باشر سوقه. دون ما قبله. لما تقدم وشارك فيما بعده أيضاً لكونه قائداً.

وإن انفرد راكب بالقطار، وكان على أوله: ضمن جناية الجميع[٦]. أما الركوب فظاهر وأما ما بعد؛ فلأنه قائد له، وهذا مذهب الشافعي[٧] ومقتضى مذهب أبي حنيفة[٨].

---

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٩)، كشاف القناع (٤/١٢٧)، شرح منتهى الإردات (٣/٩٠٣).
(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٣/١٢٧)، روضة الطالبين (٧/٤٠٠).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٩)، كشاف القناع (٤/١٢٧)، شرح منتهى الإردات (٣/٩٠٣).
(٤) انظر: تحفة الفقهاء (٣/١٢٧).
(٥) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠٠، ٤٠١).
(٦) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٩)، كشاف القناع (٤/١٢٧)، شرح منتهى الإردات (٣/٩٠٣).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠٠).
(٨) انظر: المبسوط (٢٧/ ٣)، تحفة الفقهاء (٣/١٢٧).

وفي المغني[١] المقطور على الجمل المركوب يضمن جنايته، لأنه في حكم القائد له، فأما المقطور على الجمل الثاني، فينبغي أن لا يضمن جنايته، لأن الراكب الأول لا يمكنه حفظه عن الجناية.

وليس بأقوى. فإن ما بعد الراكب غنماً يسير بسيره، ويطأ بوطئه. فأمكن حفظه عن الجناية. فضمن كالمقطور على ما تحته والله اعلم[٢].

فرع

أرسل فلو[٣] الدابة وراءها ففي الإرشاد[٤] والمستوعب يضمن جنايته[٥] ونص عليه من رواية أبي طالب: وسأله عن فلوّ الفرس؟ قال: ما عقرت فعلى صاحبه هو يقدر أن يحبسه.

وبه قال النخعي، والحكم، وحماد[٦] وقال المصنف في كتابيه:[٧] لا يضمن وعلى قول الحسن[٨] وعلل بعدم إمكان حفظه؛ أي: أنه يحتاج إلى إرسالها وإذاً لا يمكنه الضبط.

فصل

انفلتت الدابة ممن هي في يده، وأفسدت: فلا ضمان[٩].

قال يعقوب بن بختان: سئل أحمد يعني عن تفسير (العجماء

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٥).
(٢) انظر: الإنصاف (٢٣٩/٦)، كشاف القناع (١٢٧/٤)، شرح منتهى الإردات (٩٠٣/٣).
(٣) الفلو: بتشديد الواو: المهر لأنه يغتلى أي يعظم، والأنثى: فلوة، كما قالوا: غدوة، والجمع أفلاء، كعدو، وأعداء. انظر: الصحاح (٢٤٥٦/٦)، المطلع ص(٢٨٣)..
(٤) انظر: الإرشاد (ص٤٦٣). الإنصاف (٢٣٤/٦).
(٥) انظر: الإنصاف (٢٣٨/٦)، حاشية الروض المربع (٤٢٢/٥)، ولم ينسباه لهما.
(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الديات باب المهر يتبع أمه (٤٠١/٥).
(٧) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٥)، الكافي (٦٥/٤).
(٨) انظر: مصنف ابن أبي شيبة، باب في المهر يتبع أمه، من كتاب الديات (٤٠١/٥).
(٩) انظر: الإنصاف (٢٣٩/٦)، كشاف القناع (١٢٧/٤)، شرح منتهى الإردات (٩٠٣/٣).

جرحها جبار)[١] فقال: الدابة المنفلتة إذا غلبت صاحبها ثم أفلتت فما أصابت فهو هدر. وكذلك نص من رواية مهنا[٢]، وقال في رواية أبي طالب[٣]: وسأله عن ضمان الدابة المنفلته إن دخلت حريم قوم فليس عليه شيء. وإذا أفلتت فقتلت، فليس على صاحبها شيء، انتهى.

وبذلك قال الشافعي[٤] وغيره لقول النبي ﷺ: «**العجماء جرحها جبار**»[٥]، وأيضاً فلخروجها عن يده وضبطه.

ولو استقبلها إنسان فردها. فقياس قول الأصحاب الضمان[٦]، وهو قول الشافعية[٧] لأنه نشأ عن فعله فهو كما لو نفر، ويحتمل عدم الضمان لعموم الخبر وأيضاً فإنها ليست في يده وهو بالاستقبال محسن ولا سبيل على المحسن، وبالقياس على سراية القود وبجامع الإباحة فيما تولد عنه وبه فارق التنفير.

وإن أمسك الراكب اللجام ففلتت، وركبت رأسها فلا ضمان، وهو أحد قولي الشافعي[٨]. وفي الآخر: نعم؛ لأنها في يده، وعليه ضبطها أولاً، فركب ما لا يضمنه.

ولنا: عموم الخبر ولأنها خراجة عن اختياره وضبطه والبهيمة النزقة التي لا تنضبط بكبح ونحوه ليس له ركوبها بالأسواق. لما فيه من توقع

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) رواية يعقوب بن بختان ومهنا سبق ذكرهما، وقد أشار إلى ذلك المروذي في الإنصاف (٦/٢٣٩)، والبهوتي في كشاف القناع (٤/١٢٧)، وشرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٣)، ولم ينسب لهما.
(٣) رواية أبي طالب سبق ذكرها.
(٤) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠١)، الإشراف على مذاهب أهل العلم (٣/٨٦، ٨٧).
(٥) سبق تخريجه.
(٦) انظر: الإنصاف (٦/٢٣٩)، كشاف القناع (٤/١٢٧)، شرح منتهى الإردات (٣/٩٠٣).
(٧) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠٥).
(٨) انظر: روضة الطالبين (٧/٤٠١).

المفسدة. فإن ركب ضمن لتفريطه حيث ركب. وكذلك الرموح والعضوض[(١)]. لما ذكرنا. ولو ركب دابة الغير بغير إذن فغلبت وأتلفت ضمن لتعديه. وإن كان صبياً، فالضمان في ماله بخلاف ما قدمنا في المالك حيث لا يضمن إذا غلبته لانتفاء التعدي. وإن سقط السرج واللجام حال سوقها أو وقودها أو ركوبها فأتلف ضمن، وهو قول الحنفيه[(٢)] والشافعية[(٣)] لحصول التلف بسبب من جهته.

وكذا ما لو حملها حطباً أو غيره أو حمله هو على ظهره فاحتك بحائط فهدمه أو سقط على شيء فأتلفه وجب الضمان ذكره غير واحد من الأصحاب لما قدمنا. وإن دخل السوق حالة الزحام وأتلف فكذلك وحيث لا زحام. فإن تمزق به ثوب أعمى أو مستدبراً له ضمن لتفريطه، وإن استقبله صاحب الثوب وهو بصيراً فلا ضمان؛ لأنه المقصر. ذكره غير واحد من الأصحاب أيضاً[(٤)].

ولو مات وهي في يده فسقطت وأتلفت فلا شيء عليه وهو قول الشافعية[(٥)] لإنتفاء التفريط ولخروجها عن اليد بالموت فأشبه الإنفلات.

فصل

ولا فرق في الراكب والقائد والسائق بين المالك، والأجير، والمستأجر والمستعير، والموصى له بالمنفعة، وعموم نص أحمد يقتضيه[(٦)].

---

(١) انظر كشاف القناع (١٢٧/٤، ١٢٨).

(٢) انظر: المبسوط (٢٦/ ١٨٩)، الجامع الكبير (٥١٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤٠١/٧، ٤٠٤، ٤٠٥).

(٤) انظر: الفروع (٣٩١/٤)، المبدع (٢٠٠/٥)، الإنصاف (٢٤٢/٦)، كشاف القناع (١٢٩/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٤/٣)، حاشية الروض المربع (٤٢٠/٥).

(٥) انظر: روضة الطالبين (٤٠٥/٧).

(٦) انظر: الإنصاف (٢٣٩/٦).

وتقدم لنا[١] أن مهنا سأله عن رجل اكترى دابة من رجل فركبها فأصابت إنسان فعقرته على من يكون ـ يعني: الضمان ـ؟ قال: على راكبها. وبذلك كله قال: الشافعي[٢] وغيره ولا أعلم عن أحد خلافه لعموم ما مر.

ولو كانت في يد راعي فأفسدت ضمن، ذكره المصنف[٣] وهو قول الشافعي[٤] لثبوت يده فهو كالمالك الراكب، ثم لا فرق في المتلف بين كونه للمالك أو لغيره ذكره أيضاً؛ لأن الإتلاف منسوب إلى دين اليد فهو كالمستعير. انتهى

فصل

اشترى بهيمة بشعير معين فأكلته قبل أن يقبضه، ويد البائع عليها، فهو بمنزلة إتلافه بنفسه، ، فيستقر العقد ولا شيء له وعليه تسليم البهيمة إلى المشتري، وإن لم يكن عليها يده انفسخ البيع للتلف ولا ضمان على أحد حيث لا يد عليها وتعود البهيمة إلى البائع إذا، وإن أكلته بعد قبضه فثمنه للمشتري أفسدت مالاً للبائع حكمها حكم البهائم الجانية على ما مر. انتهى.

وإن كان شعير في الذمة فعزله المشتري ليسلمه فأكلته فهذه بهيمة للمشتري أتلفت ماله إن كانت بيد البائع ضمن كما لو أتلف البهيمة المستعارة مالاً للغير، وإن لم يكن بيده فلا ضمان على أحد وكيف كان، فالعقد باقٍ بحاله لتعلق الثمن بالذمة ذكر ذلك القاضي، وابن عقيل. والله أعلم.

قال: (ومن صال[٥] عليه آدمي أو غيره فقتله دفعاً عن نفسه: لم

---

(١) رواية مهنا سبق ذكره ص(٣٤١).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤٠٠/٧).

(٣) انظر: المقنع (٢/٢٥٥، ٢٥٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤٠٣/٧، ٤٠٤).

(٥) الصول: صال عليه، إذا استطال. وصال عليه: وثب وصولاً وصولة. يقال: (رب قول أشد من صول). والمصاولة: المواثبة، وكذلك الصيال والصيالة، والفحلان =

يضمنه)[١]، انتهى.

المسألة معادة في آخر باب حد المحاربين في أحكام دفع الصائل ولا تخفى مناسبة التعرض لما يتعلق بالضمان ها هنا وفيه مسألتان[٢]:

إحداهما: صال عليه آدمي مسلم أو ذمي حراً أو عبداً، ولم يندفع بدون القتل فقتله فلا ضمان[٣].

قال الحسن بن ثواب قال لي أبو عبد الله: لو أن رجلاً لقيك فقال: ضع ثوبك وإلا ضربتك بالسيف، فأبيت ثم حملت عليه فضربته ضربة لا تدري يموت منها أو لا فمات ما ترى في قتله؟ قلت: لا شيء إذا كان لصاً قال نعم دمه هدر[٤].

وقال حنبل: سألت أبا عبد الله قلت: امرأة أرادها رجل على نفسها فامتنعت منه ثم إنها وجدت خلوة فقتلته لتحصن نفسها؟ قال: إذا كانت تعلم أنه لا يريد إلا نفسها فقاتلته لتدفع عن نفسها فمات فلا شيء عليها، وإن كان إنما يريد المتاع والثياب، فأرى أن تدفعه إليه ولا تأتي على نفسه؛ لأن الثياب والمتاع منه عوض والنفس، لا عوض منها وفي رواية أبي طالب سئل أبو عبد الله عن لصوص دخلوا على رجل مكابرة قال يدفعهم عن نفسه بكل ما قدر بالسيف وغيره ولا ينوي قتله فإن ضربه فقتله ليس عليه شيء. انتهى. وعن أحمد رواية بالمنع من قتال اللصوص في الفتنة أوردها الخلال في الجامع من رواية محمد بن الحكم ومحمد بن عوف الحمصي وغيرهما عنه كما سنورده إن شاء الله تعالى في آخر باب حد المحاربين؛ فترتبت عليه وجوب الضمان بالقتل حالة ئذ لا

= يتصاولان؛ أي: يتواثبان، وقيل: صول البعير بالهمز يصول صالة، إذا صار يقتل الناس ويعدو عليهم، فهو جمل صؤول. انظر: الصحاح (١٧٤٦/٥، ١٧٤٧).

(١) انظر: المقنع (٢٥٦/٢).

(٢) هناك مسألتان الثانية سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤٥٥/٥)، المحرر في الفقه (١٦٢/٢)، المبدع (١٩٩/٥، ٢٠٠)، الإنصاف (٢٤٣/٦)، كشاف القناع (١٢٩/٤)، حاشية الروض المربع (٤٢٢/٥)، القواعد الفقهية ص٣٧ قاعدة ٢٧.

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٣٣) إلا أنه لم ينسب له.

لأنه قتل ممنوع منه، إذاً وهذا لا عمل عليه والأول المذهب الذي عليه جمهور الأصحاب وسائر جماهير الفقهاء منهم الأئمة الثلاثة وهو الحق لقول النبي ﷺ «من قتل دون دمه وماله فهو شهيد».

وفي لفظ (من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد)[١] فتقيد انتفاء الضمان، حيث أبيح القتال المؤدي إلى القتل.

وروى عمران ابن حصين[٢] أن رجلاً عض يد رجل فنزع يده من فيه فوقعت ثنيته، فاختصموا إلى النبي ﷺ فقال: «**يعض أحدكم يد أخيه كما يعض الفحل لا دية لك**»[٣].

وروى يعلى بن أمية[٤]قال: (كان لي أجير فقاتل إنساناً، فعض أحدهما صاحبه، فإنتزع أصبعه فأنذر ثنيته فسقطت فانطلق إلى النبي ﷺ فأهدر ثنيته، وقال يدع يده في فيك تقضمها كما تقضم الفجل) أخرجه البخاري ومسلم[٥] فجعل النبي ﷺ صيالة العاض علة للإهدار، فحيث وجد معنى الصيال ترتب حكم الإهدار.

---

(١) أخرجه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص البخاري في باب من قتل دون ماله من كتاب المظالم صحيح البخاري (١٧٩/٣) ومسلم في: باب الدليل على أن قصد أخذ مال غيره بغير حق كان القاصد مهدر في حقه.. إلخ ...من كتاب الإيمان صحيح مسلم (١٢٥/١)، وأبو داود في باب: في قتال اللصوص من كتاب السنة سنن أبي داود (٥٤٦/٢) والترمذي في باب ما جاء فيمن قتل دون ما له فهو شهيد من أبواب الديات عارضة الأحوذي (١٩٠/٦).

(٢) هو: عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي أبو نجيد، أسلم عام خيبر وصحب وكان فاضلاً وقضى بالكوفة توفي سنة (٥٢هـ). انظر: التقريب ص٢٤٦، والتهذيب (١١١/٨).

(٣) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات باب الرجل يضرب الرجل فتنزع يده (٤٢٥/٥). ما جاء عن رسول الله ﷺ منه رواية عمران بن حصين بنفس المعنى ولكن بلفظ مختلف.

(٤) هو: يعلى بن أمية بن أبي عبيدة عبيد بن همام أبو خلف التميمي حليف قريش، صحأبي مشهور، توفي سنة بضع وأربعون. انظر: التقريب ص٣٨٧، التهذيب (١١/ ٣٥٠).

(٥) أخرجه البخاري، في باب الأجير في القرر، من كتاب الإجارة، وفي: باب الأجير، من كتاب الجهاد والسير، وفي باب إذا عض رجلاً فوقعت ثناياه، من كتاب الديات. صحيح البخاري (١١٦/٣، ١١٧)، (٦٥/٤، ٩/٩)، ومسلم في: باب الصائل على نفس الإنسان أو عضوه..، من كتاب القسامة. صحيح مسلم (١٣٠١/٣).

وروى الزهري عن القاسم بن محمد[١]، عن عبيد بن عمير[٢]، (أن رجلاً أضاف إنساناً من هذيل، فذهبت جارية منهم تحتطب، فأرادها على نفسها فرمته بفهر فقتلته، فرفع إلى عمر بن الخطاب فقال: ذاك قتيل الله والله لا يؤدي أبداً)[٣].

ورُوي من وجه آخر عن عمر والإسناد جيد، وروى يحيى بن سعيد الأنصاري عن سليمان بن يسار[٤] (أن امرأة بالشام أتت الضحاك بن قيس[٥]، فذكرت أن إنساناً استفتح عليها بابها وأنها استغاثت فلم يغثها أحد، ففتحت له الباب وأخذت رحاً فرمته بها فقتلته، فبعث معها وإذا لص من اللصوص فأبطل دمه) أخرجه ابن أبي شيبة في كتابه[٦]،

عن عائذ بن حبيب[٧] عنه وإسناده جيد أيضاً.

---

(١) هو: القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق التميمي أبو محمد القرشي ويقال: أبو عبد الرحمٰن ثقة أحد الفقهاء بالمدينة قال أيوب: ما رأيت أفضل منه، توفي سنة (١٠٦هـ). انظر: التقريب (٧٢٧٩)، التهذيب (٢٩٩/٧).

(٢) هو عبيد بن عمير بن قتادة بن سعيد الليثي أبو عاصم المكي، ولد على عهد النبي ﷺ قال مسلم، وعدَّه غيره من كبار التابعين، وكان قاض أهل مكة، مجمع على ثقته، مات قبل ابن عمر. انظر: التقريب ص(٢٢٩)، التهذيب (٦٥/٧).

(٣) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الرجل يريد المرأة على نفسها من كتاب الديات (٤٣٩/٥).

(٤) هو: سليمان بن يسار الهلالي المدني مولى ابن عمر، ثقة ثبت فقيه مشهور، أصابه ابن عمر في بعض مغازيه مات سنة (١١٧هـ). انظر: التقريب ص٣٥٥، الجرح والتعديل (١٤٩/٤).

(٥) هو: الضحاك بن قيس روى عن النبي ﷺ، ولم يذكر سماعاً في خفض المرأة، وروى عنه عبد الملك بن عمير، فرق ابن عمير بينه وبين الفهري. انظر: التهذيب (٣٩٣/٤، ٣٩٥).

(٦) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الرجل يريد المرأة على نفسها من كتاب الديات (٤٣٩/٥).

(٧) هو: عائذ بن حبيب بن الملاح العبسي، ويقال القرشي مولاهم أبو أحمد ويقال أبو هشام الكوفي بياع الهروي، توفي سنة (١٩٠هـ). انظر: التهذيب (٧٦/٥).

ولأن القتل إنما جاز إستدفاعاً لا أذاه وإذاً هو الجاني على نفسه لتعاطي الموجب لقتله فلا يكون مضموناً، وأيضاً فقتل جائز فلا يوجب ضماناً كالقصاص ولا فرق في الآدمي بين كونه عاقلاً أو مجنوناً كبيراً أو صغيراً فيما ذكرنا[١] وبه قال الأكثرون منهم مالك[٢]، والشافعي[٣]، وأبو حنيفة[٤] في رواية. وفي أخرى: يضمن في المجنون والصغير؛ لأن كلاً منهم لا يملك إباحة نفسه بدليل أنه لا يقتل بارتداده[٥].

ولنا: أنه حيوان جائز الإتلاف فلا يضمن كالمكلف، وأما أنه لا يملك إباحة نفسه فالمكلف كذلك وهو غير مضمون، فدل على عدم تأثيره[٦].

المسألة الثانية:

صالت عليه بهيمة لا تندفع إلا بالقتل فقتل، فلا ضمان[٧] نص عليه من رواية أبي طالب قال: إن عدت الدابة عليه تريد قتله فقتلها، فليس عليه شيء. وبذلك قال طاووس[٨]، ومالك[٩][١٠]، وغيرهم.

---

(١) سبق ذكره.
(٢) انظر: جواهر الإكليل (٢/٢٩٧).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/٣٩٤).
(٤) انظر: الجامع الصغير ص(٥١٣).
(٥) انظر: المغني (١٢/ ٥٣٠)، الشرح الكبير (٥/٤٥٥).
(٦) انظر: المغني (١٢/ ٥٣٠)، الشرح الكبير (٥/٤٥٥).
(٧) انظر: المغني (١٢/ ٥٣٠)، الشرح الكبير (٥/٤٥٥). المبدع (٥/١٩٩، ٢٠٠)، الإنصاف (٦/٢٤٣)، كشاف القناع (٤/١٣٠)، حاشية الروض المربع (٥/٤٢٢).
(٨) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الفحل والدابة والمعدن والبئر من كتاب الديات (٥/٤٠١) الإشراف لابن المنذر (٣/١٤٤).
(٩) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة ص(٦٠٦)، الإشراف لابن المنذر (٣/١٢٤).
(١٠) انظر: المهذب (٢/٢٢٥)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢٥٤) رؤوس المسائل ص٥٠٦، الإشراف (٣/١٤٤).

خلافاً للحسن وعطاء(١) وأبي حنيفة(٢) والثوري ويتخرج في المذهب مثله بناء على ما قال أبو بكر في الصيد الصائل على المحرم بقتله ويضمن(٣). واستدل فيه بما روى محمد بن مبشر عن ابن جريج، عن عبد الكريم - يعني: الجزري(٤) - (أن فحلاً عدا على رجل فقتله فرفع إلى أبي بكر ﷺ، فأغرمه وقال: بهيمة لا تعقل أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه(٥) عنه؛ ولأنه قتل الإحياء نفسه فيضمن كما لو قيل لذلك في المحقنة.

ولنا: ما تقدم من حديث عمران(٦) ويعلى بن أمية(٧)، فإنه دال على ثبوت الإهدار حيث وجد ومعنى الصيال كما تقدم(٨)، وهذا المعنى عام فيتناول محل النزاع. وأيضاً، فلآدمي منه على ما نحن فيه من وجهين.

أحدهما: أن النبي ﷺ قال فيه: (يعض أحدكم يد أخيه كما يعض الفحل)(٩) فاقتضى كون الفحل آكد من الآدمي في ذلك حيث شبه به كما هو الغالب في التشبيه وقد ثبت الإهدار في الآدمي حالتئذ فوجب في الفحل بالأولى.

---

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الفحل والدابة من كتاب الديات (٥/٤٠١)، الإشراف لابن المنذر (٣/١٤٤).

(٢) انظر: رؤوس المسائل ص(٥٠٦).

(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٣).

(٤) هو: عبد الكريم الجزري أبو سعيد بن مالك الجزري مولى بن أمية، وهو الخضرمي، نسبة إلى قرية من اليمامة، ثقة مات سنة (١٢٧هـ). انظر: التقريب ص٢١٧، التهذيب (٦/٣٣٣).

(٥) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الفحل والدابة والمعدن والبئر من كتاب الديات (٥/٤٠١).

(٦) سبق تخريجه.

(٧) سبق تخريجه.

(٨) تقدم ذكره.

(٩) أخرجه البخاري ومسلم وقد سبق تخريجه.

الثاني: دم الآدمي حالة الصيال مهدر مع مزيد حرمته على ما لا يخفي، ففي البهيمة بالأولى وللأحرى ولأنها ملجئة بصيالها إلى إتلافها، فلا تكون مضمونة كالآدمي وبه فارق صورة المضطر فإنها حالة الإضطرار لم تلجىء ولم يصدر منها ما يزيل عصمتها. وأما الأثر عن أبي بكر رضي الله عنه فمنقطع لم يلق عبد الكريم أبا بكر بينهما غير واحد. وقوله في المتن[1] (فقتله دفعاً عن نفسه) يفيد وجوب الضمان بقتل الصائل حال توليه أو كفه لأنه لا دفع (. . . .)[2] والتعرض له ممنوع في هذه الحالة كما سيذكر في موضعه إن شاء الله.

فصل

حالت البهيمة دون ماله ولم يوصل إليه إلا بالقتل، فقيل: هل يضمن؟ يحتمل أن يضمن لأنها غير قاصدة فليست بصائلة أشبه ما لو لم يحل، ويحتمل أن لا لأن قيامها وحيلولتها كصيالها[3]. وللشافعية[4] وجهان كهذين، منهم من قال: يمكن جعل الأظهر نفي الضمان كما إذا عم الجراد المسالك فتخطاها المحرم وقتل بعضها وهذا فيه وجهان لنا[5]. وكذا ما لو تمرغت البهيمة فانفلتت أو مال عليه إناء كبير كالحلب ونحوه فخشي على نفسه وتوقف الدفع على لاختلاف، ولو دخلت بهيمة أرضه فعدت على زرعه دفعها بما يدفع الصائل ولا ضمان إذاً لوجود معنى الصيال. انتهى.

---

(١) انظر: المقنع (٢/٢٥٦).
(٢) في هذا الموضع كلمة لم أتمكن من معرفتها رسها هكذا (دحسك).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٣)، كشاف القناع (٤/١٣٠).
(٤) انظر: روضة الطالبين (٧/٣٩١).
(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٣).

فصل

حرض فحلاً لغيره ليصول على إنسان فاللمصول عليه الدفع بغير إشكال، ثم إن أثر عليه، فلا إشكال في تضمين المحرض لعداونه، وللمالك مطالبة المصول عليه لمباشرته والقرار على المحرض، وكذا ما لو ركب المحارب فرساً لغيره وحمل على القافلة فلم يتأت دفعه إلا بقتلها فلهم القتل وعليهم الضمان والقرار على المحارب ذكر ابن عقيل في فصوله، قال: لأنهم أتلفوا مال الغير لمنافع أنفسهم ودفع الضرر عنهم.

قال: (وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها، وإن كانت إحداهما منحدرة فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن تكون عليه ريح لم يقدر على ضبطها)[1].

إذا اصطدم السفينتان فغرقتا فلهما حالتان[2].

إحداهما: الاستواء على متن الماء حيث لا تعلوا إحداهما الأخرى كالبحر والماء الواقف فإما مع التفريط أو لا.

وإن كان مع التفريط: بأن كان كل واحد من القيمين سيرها في شدة ريح لا تسير في مثلها، أو أمكن الحبس أو العدول بها فقصراً، ولم يكمل ما تحتاج إليه من الآلة والرجال ونحو ذلك، فعلى كل واحد منهما ضمان سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال على ما نص عليه في الفارسين يصطدمان. قال: إذا ماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة صاحبه، وأما الفرسان فعليهما في أموالهما[3] وبذلك، قال

---

(١) انظر: المقنع (٢٥٦/٢).

(٢) ذكر الشارح حالتان الحالة الثانية سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

(٣) انظر: المغني (٥٤٨/١٢، ٥٤٩)، الشرح الكبير (٤٥٦/٥)، الكافي (٦٦/٤)، المبدع (٢٠٠/٥)، الإنصاف (٢٤٤/٦)، كشاف القناع (١٣٠/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٤/٣).

مالك[١]، وأبو حنيفة[٢]، وإسحاق وغيرهم.

وقال عثمان والشافعي[٣] وأشهب عل كل منهما نصف الضمان لإشتراكهما في السبب. فإنه حصل من كل واحد بفعله وفعل صاحبه. فكان مهدراً في حق نفسه، مضموناً في حق الآخر،كما في التلف من جراحة نفسه وجراحة غيره، وهذا له قوة[٤].

واستدل الأولون برواية عبد الرحيم بن سليمان[٥]عن أشعث عن حماد عن إبراهيم عن علي رضي الله عنه «في فارسين اصطدما [فمات أحدهما][٦] فضمن الحي الميت» أخرجه ابن أبي شيبة في كتابه[٧] عن عبد الرحيم ورواه أيضاً عن أبي خالد الأحمر، عن أشعث، عن الحكم، عن علي وإبراهيم،عن علي غير متصل والحكم عنه أبعد وجه الدلالة إلغاء فعل الميت بإكمال الضمان على الحي ومحل النزاع في معناه.

واستدل أيضاً بأن السبب الصالح للإتلاف حصل من كل واحد فوجب بإزائه كمال الضمان كما في حال عدم الشركة، ولو ظنا أنهما يجريان على الريح فأخطأ أو لم يشعر واحد منهم بسفينة الآخر، فكذلك يجب الضمان، وهو قول الشافعية[٨] لصدور الجناية منهما.

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة (ص٦٠٦).
(٢) انظر: المبسوط (٢٦/ ١٩٠).
(٣) انظر: المهذب (٢/١٩٤)، روضة الطالبين (١٨٨/٧، ١٨٩)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٢٩، ٣٠).
(٤) كذلك: قول الشافعي ذكره المرداوي في الإنصاف نقلاً عن الحارثي. انظر: الإنصاف (٢٤٤/٦).
(٥) هو: عبد الرحيم بن سليمان الكناني، وقيل: الطائي أبو علي المروزي الأشل. انظر: التهذيب (٢٧٤/٦).
(٦) ساقطة من المخطوط وأثبتها من مصنف ابن أبي شيبة (٤٢٤/٥).
(٧) انظر: مصنف ابن أبي شيبة كتاب الديات في: باب الرجل يصدم الرجل من كتاب الديات (٤٢٤/٥).
(٨) انظر: روضة الطالبين (١٨٩/٧).

وإن كان لا مع التفريط: بأن غلب الريح وهاج الموج، فهذا لا صنع لهما فيه، فلا ضمان على واحد منهما حكاه المصنف في كتابيه(١)، ومن عداه من الأصحاب، ونص أحمد رَحِمَهُ الله على نحوه من رواية أبي طالب(٢). مع أن إطلاق المتن(٣) لا يقتضيه. غير أن الإطلاق مقيد بحالة التفريط التي قدمناها(٤). على ما ذهب إليه الأصحاب من غير خلاف علمته بينهم(٥). وبذلك قالت المالكية، والشافعي(٦) في أصح القولين [١٤٦أ] وغيرهم.

وسئل الشعبي عن سفينتين اصطدمتا، فغرقت إحداهما قال: ليس على الآخرين ضمان(٧).

وعن الشافعي(٨) قول بالضمان اعتباراً باليد فهو كاصطدام الفرسين لغلبة الفرسين.

ولنا: الضبط في هذه الحالة غير ممكن، فلا مدخل له تحت الوسع، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها ولأن السير إذاً ليس من فعلهما ولا يكون المتولد مضموناً كنزول الصاعقة والفرسان [ويخالف الفرسين فإنه ممكن ضبطهما والاحتراز من طردهما](٩) ففارق لهذا فإن الضبط

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٩)، الكافي (٤/٦٦)، الإنصاف (٦/٢٤٤).
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٤).
(٣) انظر: المقنع (٢/٢٥٦).
(٤) سبق ذكرها ص(٣٦٧).
(٥) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٤).
(٦) انظر: المهذب (٢/١٩٤)، روضة الطالبين (٧/١٨٩)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٣٠).
(٧) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الرجل يصدم الرجل من كتاب الديات (٥/٤٢٤).
(٨) انظر: المهذب (٢/١٩٤)، روضة الطالبين (٧/١٨٩)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٣٠).
(٩) لعل ما بين القوسين زيادة لازمة: انظر: المغني (١٢/ ٤٥٩)، الشرح الكبير (٥/٤٥٦).

بالجام ممكن وضبط السفينة غير ممكن، وكذا ما لو كانت السفينة مرساة أو مربوطة فهبت ريح فسيرتها. وإذا نجز هذا، فإن انفرد أحدهما بالتفريط أنفرد بالضمان لقيام الموجب به دون غيره(١).

الحالة الثانية: انحدار إحداهما وإصعاد الأخرى فإن لم يفرط القيمان بأن كان الريح هائجة أو الماء شديد الجرية، ونحو هذا مما لا يمكن معه الضبط، فلا ضمان على واحد منهما لما تقدم(٢) وسنورد نصه عليه. وإن فرط المنحدر بالتقصير في الضبط أو العدول مع الإمكان ونحوه مما مر من صور التفريط(٣)، فعليه ضمان المصعدة بما فيهما بغير إشكال، ولا شيء على المصدق(٤).

قال أبو طالب: سألت أحمد عن السفينتين يصطدمان قال: إذا: اصطدما إن كان المنحدر يقدر أن يحبسها فهو ضامن، وإن لم يقدر فليس عليه شيء، قال: وليس على الذي يصاعد شيء؛ لأن المنحدر مفرط والمصاعد كالمسقوط عليه لانحطاط الأخر بانحداره إليه، فهو بمنزلة المتلف للشيء بسقوطه أو إسقاط شيء عليه وبمنزلة اصطدام السائر للواقف(٥)، وسواء فرط المصعد في هذه الحالة أو لا، على ما صرح به الكافي(٦).

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٤٥٩)، الشرح الكبير (٥/ ٤٥٦).

(٢) تقدم ذكره.

(٣) انظر: في هذا البحث.

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٨، ٥٤٩)، الشرح الكبير (٥/ ٤٥٦)، الكافي (٤/ ٦٦)، المبدع (٥/ ٢٠٠)، الإنصاف (٦/ ٢٤٥)، كشاف القناع (٤/ ١٣١)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٩٠٥).

(٥) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٨، ٥٤٩)، الشرح الكبير (٥/ ٤٥٦)، الكافي (٤/ ٦٦)، المبدع (٥/ ٢٠٠)، الإنصاف (٦/ ٢٤٥)، كشاف القناع (٤/ ١٣١)، شرح منتهى الإرادات (٣/ ٩٠٥).

(٦) انظر: الكافي (٤/ ٦٦).

وأطلقه الأصحاب وأحمد رَحِمَهُ اللَّهُ[١] في نصه الذي أوردناه فإنه لم (يفرط)[٢].

وفي المغني[٣]: إن فرط المصعد، بأن أمكنه العدول بسفينته، وانحدر غير قادر ولا مفرط: فالضمان على المصعد؛ لأنه المفرط.

وهذا صريح في أن المصعد يؤاخذ بتفريطه[٤].

فرعٌ

كانت إحداهما واقفة، والأخرى سائرة: فعلى قيم السائرة ضمان الواقفة، إن فرط، لأنه المتلف وإن لم يفرط فلا ضمان[٥]. ذكره المصنف[٦]، والقاضي وغيرهما[٧] لما تقدم[٨]، وبهذا كله قال الشافعي[٩].

فصل

وحيث وجب الضمان عليهما، معا إن كانا مالكين لما في أيديهما تقاصاً وأخذ ذو الفضل فضله، ذكره في المغني[١٠] قال: وإن كانا

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٥)، كشاف القناع (٤/١٣١)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٥).
(٢) كتب في المخطوط (لم يفرق) ولعل الصواب ما أثبته في المتن.
(٣) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٩).
(٤) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٥)، كشاف القناع (٤/١٣٢).
(٥) انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠)، الشرح الكبير (٥/٤٥٦،٤٥٧)، المبدع (٥/٢٠٠)، الإنصاف (٦/٢٤٧)، كشاف القناع (٤/١٣١)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٥).
(٦) انظر: المقنع (٢/٢٥٦)، المغني (١٢/ ٥٥٠).
(٧) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٧)، غيرهم يقصد به الشارح وصاحب الفروع.
(٨) تقدم ذكره.
(٩) انظر: روضة الطالبين (٧/١٩٠).
(١٠) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٩).

أجيرين، ضمنا، ولا تقاص؛ لأن من يجب له غير من يجب عليه.

وكذا ما لو كانا متبرعين ثم إن كان المحمول أحرارا وهلكوا، فإن عمد الاصطدام بما يعده أهل الخبرة مهلكاً في الغالب وجب القصاص حكاه المصنف(١) والقاضي وغيرهما فيقرع بين من فيها فمن خرجت قرعته وإلا قتلا به، وكانت دية الباقين في تركتهما حالة مغلظة كما في سائر صور العمد.

وإن لم يعد مهلكاً في الغالب فشبه عمد تجب الدية فيه [على](٢) عواقلهما(٣) مغلظة، وإن لم يعمداه فخطأ فيه، دياتهم مخففة على عواقلهما.

وإن كان المحمل عبيداً، فالقيمة في أموالهما بكل حال، وإن كان [القيمان](٤) عبدين فكذلك فيما ذكرنا إلا في الضمان فإنه يتعلق برقبتيهما، [وإلا فيما كان المحمول فيها عبيداً](٥) وعمداً المهلك غالباً، فإن القصاص يتعلق بهما(٦).

فصل

وحيث لا تفريط في السفينتين من وديعة وأمانة غير مضمون لانتفاء التفريط وكذا الأموال المحمولة بالأجرة لا ضمان فيها سواء كانت يد أربابها عليها أو لا؛ إذ الهلاك حصل بأمر لا يستطاع. وإن كانت السفينتان بأجرة لم يضمنا أيضا لأنهما أمانة، فلا يضمن بدون تفريط(٧).

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٩).
(٢) ساقطة من المخطوط، ولا يستقيم الكلام بدونها.
(٣) في المخطوط: «عواقلها»، والصواب ما أثبته في المتن لأنهما اثنان.
(٤) في المخطوط: القيمتان، والصواب المثبت في المتن. انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠).
(٥) كتبت في المخطوط: «وإلا فيما المحمول عبيداً»، ولعل الصواب ما أثبته المتن.
(٦) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٩، ٥٥٠).
(٧) انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠).

فصل

ادعى كل واحد من القيمين تفريطاً على صاحبه وأنكره، فالقول قوله مع يمينه لإنكاره والأصل عدم التفريط، وكذا ما لو ادعاه رب المال على القيم وأنكره فالقول قوله مع يمينه لإنكاره، والأصل عدم التفريط حكاه أصحابنا لما ذكرنا. وأيضاً، فهو أمين أشبه المودع[١]

فصل

خرق سفينة فغرقت بما فيها ضمن بغير إشكال، ثم إن عمد ما يفضي إلى الهلاك غالباً كالخرق الكبير الذي لا يتدارك أو هي في اللجة ولا يعرف فيها السباحة تعلق به القصاص والدية في ماله مع غرم السفينة والأموال، وإن أخطأ كسقوط فأس أو حجر من يده ضمن الأموال وعلى عواقله دية الأحرار، وإن عمدا مالا يهلك.

وإن عمد ما لا يهلك غالباً فشبه عمد فيه ما فيه، وكذا ما لو قصد إصلاحها فقلع لوحاً أو أصلح مسماراً، فخرق موضعاً. حكاه القاضي وغيره[٢] وهو قول الشافعي[٣].

قال في المغني[٤]: والصحيح أنه خطأ محض لأنه قصد فعلاً مباحاً فأفضى إلى التلف أشبه ما لو رمى صيداً فأصاب آدمياً. وهو كما قال ولو قصد قلع لوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فأتلفها فشبه عمد فيه ما فيه، ذكره المصنف[٥][٦].

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٥٤٩)، الشرح الكبير (٥/٤٥٦)، كشاف القناع (٤/ ١٣٠).
(٢) انظر: المغني (١٢/ ٥٥١).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٧/ ١٩٠)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٣٥).
(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٥١).
(٥) انظر: المغني (١٢/ ٥٥١).
(٦) انظر: المغني (١٢/ ٥٥١)، الشرح الكبير (٥/٤٥٧)، كشاف القناع (٤/ ١٣١)، شرح =

فصل

أشرفت السفينة على الغرق لتلفها حالة اغتلام البحر، فعلى الركبان إلقاء بعض الأمتعة حسب الحاجة طلباً للنجاة والإنقاذ من الهلكة[(١)].

ويحرم إلقاء الدواب، حيث أمكن التخفيف بالأمتعة لمزيد حرمتها، وإن أفضت الضرورة إلى إلقائها: جاز صوناً للآدميين. والعبيد كالأحرار. ولا يجوز إلقاؤهم بحال للشركة في عصمة الدم ووفور الاحتلام. وإن تقاعدوا عن الإلقاء مع الإمكان أثموا[(٢)]. وهل يجب الضمان؟ فيه وجهان.

إحداهم: نعم كما لو منع المضطر فاضل طعامه.

والآخر: لا وهو اختيار المصنف[(٣)].

وقول الشافعي[(٤)] لأنه لا صنع له فيه.

وإذا نجز هذا فلو ألقى متاعه، ومتاع الغير بإذنه، فلا ضمان على أحد. ذكره أصحابنا[(٥)] وقال به الشافعي[(٦)] لأنه مال أهلكه المالك لمصلحته ومصلحة غيره مختاراً بخلاف ما لو دفع فاضل طعامه إلى مضطر، فإن له عوض حيث تمحض مصلحة للغير.

وإن امتنع من إلقاء متاعه: فللغير إلقاؤه بدون رضاه، دفعاً

= منتهى الإرادات (٣/٩٠٥، ٩٠٦).

(١) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٦)، كشاف القناع (٤/١٣٢)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٦).

(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٦)، كشاف القناع (٤/١٣٢)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٦).

(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٧/١٩١).

(٥) انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠)، الشرح الكبير (٥/٤٥٧)، الإنصاف (٦/٢٤٦)، كشاف القناع (٤/١٣٢).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٧/١٩١).، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٣٣، ٣٤).

للمفسد. وأخذاً على يد المفسد قال النبي ﷺ: «**إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه أوشك أن يعمهم الله بعقاب**»(١).

والامتناع عن الإلقاء ظلم بغير إشكال وروى النعمان بن بشير(٢) قال قال النبي ﷺ: «**مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذينَ في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا: إنا خرقنا في نصيبنا خرقاً، ولم نؤذي من فوقنا فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا**»(٣) أخرجه البخاري والمسألة من هذا المعنى.

فإن ألقاه الغير بغير إذن: ففي المجرد والفصول والمغني(٤) يضمن، وهو قول الشافعي(٥) لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فوجب به الضمان كما في نظائره، ووجوب الإلقاء لا ينفي الضمان بدليل وجوب دفع الطعام إلى المضطر مع ضمان عوضه.

وعن مالك: لا يضمن اعتباراً بدفع الصائل بجامع جواز الإ تلاف لدفع المفسدة وتحصيل المصلحة؛ ولأنه بذلك محسن ولا ضمان على

---

(١) أخرجه من حديث أبي بكر الصديق أبو داود في: باب الأمر والنهي من كتاب الملاحم سنن أبي داود (١٢٢/٤)، وأخرجه الترمذي في: باب ما جاء في نزول العذاب إذا لم يغيروا المنكر من كتاب الفتن سنن الترمذي (٦٩/٤).

(٢) هو: النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي أبو عبد الله المدني، له ولأبويه صحبة، وقال الواقدي: كان أول مولود في الإسلام من الأنصار بعد الهجرة سكن الشام ثم ولِّيَ إمارة الكوفه، ثم قتل بحمص سنة (٦٥هـ). انظر: التقريب ص٣٥٨، ولتهذيب (١٠/ ٣٩٩).

(٣) أخرجه البخاري في: باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، من كتاب الشركة، وفي باب القرعة في المشكلات، من كتاب الشهادات. صحيح البخاري (١٨٢/٣، ٢٣٧).

(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠)، الإنصاف (٢٤٦/٦).

(٥) انظر: روضة الطالبين (١٩١/٧)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٣٣/ ٣٤).

المحسن. ويتخرج لنا مثله. بناء على انتفاء الضمان بما لو أرسل صيداً من يد محرك بجامع إزالة العدوان بالإمساك[١].

ولو قال للغير: ألْقِ متاعك، ففعل فلا ضمان على الملتمس[٢]، وبه قال الأكثرون من الشافعية[٣] لأنه غير ملجىء إلى الإتلاف ولا ملتزم ضماناً، وأيضاً فللمالك أتلف مال نفسه مختاراً فهو كما لو عتق عبده بأمر غيره، فإن قال: وأنا ضامن له. أو: وعلي قيمته. أو ضمانه ونحو هذا ألزم الضمان[٤] ذكره أبو بكر بن جعفر والقاضي، غير واحد. وهو ظاهر مذهب الشافعي[٥] وقال أبو ثور[٦]: لا لأنه ضمان ما لم يجب.

لنا: أنه التماس إتلاف بعوض له فيه مصلحة، فوجب العوض كما لو قال: أعتق عبدك وعليَّ ثمنه، وأما ضمان ما لم يجب فنقول بصحته[٧].

وإن قال: عليَّ وعلى ركبان السفينة ضمانه. فعن أبو بكر عليه كل الضمان[٨] وهو اختيار ابن عقيل، وقول الشافعي[٩] لصدور الضمان من جهته والشركة لم يوافق عليها، فلا أثر لها وكان، كما لو قال: اشتريت أنا وفلان هذا الثوب، فإن الشرى له خاصة ولا يصير الثوب مشتركاً ذكره في الفصول.

---

(١) قول مالك ذكره المرداوي في الإنصاف (٢٤٦/٦) نقلاً عن الحارثي.
(٢) انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠)، الشرح الكبير (٤٥٧/٥).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١٩١/٧، ١٩٢)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٣٤).
(٤) انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠)، الشرح الكبير (٤٥٧/٥).
(٥) انظر: روضة الطالبين (١٩١/٧، ١٩٢)، تكملة المجموع شرح المهذب (١٩/ ٣٤).
(٦) انظر: المهذب (١٩٥/٢)، روضة الطالبين (١٩١/٧)، تكملة المجوع شرح المهذب (١٩/ ٣٤).
(٧) انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠)، الشرح الكبير (٤٥٧/٥).
(٨) انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠)، الشرح الكبير (٤٥٧/٥).
(٩) انظر: المهذب (١٩٥/٢)، روضة الطالبين (١٩٣/٧)، تكملة المجوع شرح المهذب (١٩/ ٣٥).

وقال القاضي: إن ضمن ضمان اشتراك، بأن قال: نحن نضمن لك، أو على كل منا ضمان ما يخصه أو ثمن المتاع أو سدسه لم يلزمه إلاضمان حصته، وإن ضمن ضمان اشتراك وانفراد بأن قال: كل منا ضامن للمتاع فعليه ضمان الكل(١). وهو وجه للشافعية(٢) وينسب إلى اختيار المزني لأنه في ضمان الاشتراك إنما التزم ما يخصه فلا يلزم أكثر منه وفي ضمان الاشتراك والانفراد التزم الكل فلزمه، وهذا هو الحق؛ لأن الموجب هو الالتزام فيقدر بقدره.

وإن قال: أضمنه لك أنا والركبان فقد أذنوا لي في ذلك. فألقاه، ثم أنكروا الإذن ضمن الكل ذكره في المغني(٣) لأنه مغرر له فيما عدا حصته وفيه نظر. قال: وإن قال ألقي متاعي، وتضمنه لي؟ فقال: نعم فألقاه ضمنه. وإن قال: ألق متاعك وعليَّ ضمان نصفه وعلى أخي ضمان ما بقي، فألقاه، فعلى ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لأنه لم يضمن.

قال: (ومن أتلف مزماراً، أو طنبوراً، أو طيباً، أو كسر إناء فضة أو ذهب، أو إناء خمر: لم يضمنه وعنه يضمن آنية الخمر إن كان ينتفع بها في غيره)(٤).

المزمار: مكسور الميم والزمارة مفتوح الزاي مشدد الميم. قال ابن سيده هو ما يزمر فيه وهذا أعم من كونه قصباً أو نحاساً أو حديداً.

وقال أيضاً: زمر يزمر إذا غنى في القصب فقوله في القصب ظاهر في تخصيص المزمار به وأصل الزمر التصويت، ومنه: زمرت

---

(١) انظر: المغني (١٢/ ٥٥٠)، الشرح الكبير (٥/٤٥٧).
(٢) انظر: المهذب (٢/١٩٥)، روضة الطالبين (٧/١٩٣)، تكملة المجوع شرح المهذب (١٩/ ٣٤، ٣٥).
(٣) انظر: المغني (١٢/ ٥٥١)، الشرح الكبير (٥/٤٥٧).
(٤) انظر: المقنع (٢/٢٥٦).

النعامة إذا صوتت[١].

والطنبور مضموم الأول فارسي معرب والطنبار بكسر الطاء، لغة فيه حكاه في الصحاح[٢]

والصليب جمعه صلبان وصلب وثوب مصلب عليه نقش كالصليب[٣].

وفيه مسائل[٤].

الأول: لا ضمان في الإتلاف الكلي لملاهي كالمزامير والطنابير ولا في إتلاف الأوثان كالأصنام والصلبان[٥]. روينا عن الأثرم قال: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل كسر عوداً كان مع أمه لإنسان فضمن لها أن يغرمه أو يصلحه قال: لا أرى عليه بأساً أن يكسره ولا يغرمه ولا يصلحه قيل له فطاعتها. قال: ليس لها طاعة في هذا.

وفي مسائل أبي داود سمعت أحمد سئل عن قوم يلعبون بالشطرنج فنهاهم، فلم ينتهوا فأخذ الشطرنج فرمى به، فقال: قد أحسن قيل فليس عليه شيء، قال: لا قيل به وكذلك إن كسر عوداً أو طنبوراً؟ قال: نعم[٦].

وروينا عن عبد الله قال: سمعت أبي يقول: في رجل يرى مثل الطنبور أو العود أو الطبل. أو ما أشبه هذا، ما يصنع به؟ قال: إذا كان

---

(١) انظر: المحكم (٦/١٣٣)، الصحاح (٢/٦٧١).
(٢) انظر: الصحاح (٢/٧٢٦).
(٣) انظر: الصحاح (٢/١٦٤).
(٤) ذكر الشارح ثلاثة مسائل سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.
(٥) انظر: المغني (٧/٤٢٧)، الشرح الكبير (٥/٤٥٧)، الكافي (٢/٤١١)، المبدع (٥/٢٠٠، ٢٠١)، الإنصاف (٦/٢٤٧)، كشاف القناع (٤/١٣٢)، شرح منتهى الإرادات (٣/٩٠٦)، حاشية الروض المربع (٥/٤٢٣).
(٦) انظر: الفروع (٤/٣٩٢)، الإنصاف (٦/٢٤٩).

مغطى فلا[١] وإذا كان مكشوفاً فاكسره[٢].

وعن يوسف بن موسى وأحمد بن الحسين[٣][٤] أن أبا عبد الله سئل عن الرجل يرى الطنبور والمنكر يكسره؟ قال: لا بأس[٥].

وعن أبي الصقر[٦] أنه سأل أبا عبد الله عن رجل رأى عوداً أو طنبوراً فكسره ما عليه؟ قال: قد أحسن، وليس عليه في كسره شيء.

وعن جعفر بن محمد: سألت أبا عبد الله عمن كسر الطنبور والعود والطبل، فلم يرى عليه شيئاً[٧].

وفي مسائل إسحاق بن إبراهيم سئل أحمد عن الرجل يرى الطنبور أو طبلاً مغطى أيكسره؟ قال: إذا تبينه أنه طنبور أو طبل كسره.

وقال أيضاً: سألت أبا عبد الله عن الرجل يكسر الطبل أو الطنبور (أو مسكر)[٨] عليه في ذلك شيء؟ قال: أبو عبد الله تكسر هذا كله، وليس يلزمك شيء[٩].

وروى المروذي قال: سألت أبا عبد الله عن كسر الطنبور قال:

---

(١) ساقطة من المخطوط، وأثبتها من مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله (١٠٠٤/٣).

(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله (١٠٠٣/٣، ١٠٠٤) مسألة (١٣٦٩).

(٣) كتبت في المخطوط: «أحمد بن الحسن»، والصواب ما أثبته في المتن. انظر: الروايتين والوجهين (١٤٠/٣).

(٤) هو أحمد بن حسين بن حسان، صاحب الإمام أحمد، وروى عنه أشياء. انظر: طبقات الحنابلة (٣٩/١)، المقصد الأرشد (٩٨/١).

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (١٤٠/٣)، وجاء عنهم أنه قال: إذا كان مغطى لا يعرض له ولا يكسره.

(٦) هو: أبي صقر يحيى بن يزداد، الوراق، وراق الإمام، عنده جزء مسائل حسان. انظر: طبقات الحنابلة (٤٠٩/١)، المقصد الأرشد (١١٣/٣).

(٧) انظر: الروايتين والوجهين (١٤٠/٣).

(٨) كتبت في المخطوط: «أو مكسر»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن. انظر: الروايتين والوجهين (١٤٠/٣).

(٩) انظر: الروايتين والوجهين (١٤٠/٣، ١٤١).

يكسر قلت فالطنبور الصغير يكون مع الصبي قال: يكسره أيضاً. قلت أمر في السوق فأرى الطبول تباع أكسرها؟ قال: ما أراك تقوى إن قويت؛ أي: فافعل. قلت: أدعى أغسل الميت فأسمع صوت طبل قال: إن قدرت على كسره، وإلا فاخرج(١).

وقال من رواية إسحاق بن منصور: في الرجل يرى الطبل والطنبور والقنينة قال: إذا كان طنبوراً أو طبل أو فيها مسكر كسره(٢).

وقال في رواية محمد بن أبي حرب: في رجل لقي رجلاً معه عوداً أو طنبوراً أو طبل يكسره(٣).

وفي مسائل صالح(٤) قال لي رَحِمَهُ اللَّهُ يقتل الخنزير ويفسد الخمر ويكسر الصليب.

وكذلك قال من رواية إسحاق بن منصور(٥) أطلق الكسر ولم يقيد، فإذا استوى الحكم بين الكسر المرصص الذي لا انتفاع معه والكسر المعطل للهيئة فقط، وأعني نصه على الكسر فيما عدا رواية الأثرم عن التعرض لنفي الضمان إذا كان ملزوماً لاستحقاق الكسر، فإن الضمان استدراك ظلامة ولا ظلامة إذاً.

وبانتفاء الضمان يقول أبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وإسحاق، والظاهرية(٦)، وقوم من السلف ونحوه عن شريح قال أبو حصين كسر رجل لرجل طنبوراً، فخاصمه إلى شريح فلم يضمنه شيئاً(٧).

---

(١) انظر: الروايتين والوجهين (١٣٩/٣، ١٤١).
(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد، برواية الكوسج ص(٣٩٥) مسألة (٣٠٨).
(٣) انظر: الروايتين والوجهين (١٤١/٣).
(٤) ما جاء عن صالح لم أجده في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح المطبوعة لعلها في الجزء المفقود.
(٥) لم أجدها في مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح المطبوعة لعلها في الجزء المفقود
(٦) انظر: المحلى (١٤٧١/٨).
(٧) انظر: مصنف ابن أبي شيبة في: باب الرجل يكسر الطنبور من كتاب البيوع (١٠/٥).

وحكى الأصحاب الضمان عن أبي حنيفة، والشافعي(١) قال أصحاب الشافعي: يضمن ما بينه وبين الحد المبطل للصورة وما دون ذلك فغير مضمون؛ لأنه مستحق الإزالة وما فوقه فقابل للتمول لتأتي الانتفاع به من جعله آنية ونحو ذلك.

وأصله أن المنكر إنماهو الهبة المخصوصة فيزول بزوالها، ولهذا اكتفى في التصاوير بقطع رؤسها وأوجبنا الضمان في الصائل بما زاد على قدر الحاجة في الدفع، وكذا البغاة في اتباع مدبرهم والإجازة على جريحهم والميتة حال المخمصة لا يزاد على سد الرمق منها اقتصاراً على الحاجة في كل ذلك، فوجب ضمان ما جاوزها.

ولنا: إخبار الله تعالى في قصة العجل: ﴿وَٱنظُرْ إِلَىٰٓ إِلَٰهِكَ ٱلَّذِى ظَلْتَ عَلَيْهِ عَاكِفًا لَّنُحَرِّقَنَّهُۥ ثُمَّ لَنَنسِفَنَّهُۥ فِى ٱلْيَمِّ نَسْفًا﴾ [طه: ٩٧]. وقد كان ذهباً وفضة، قال تعالى: ﴿وَٱتَّخَذَ قَوْمُ مُوسَىٰ مِنۢ بَعْدِهِۦ مِنْ حُلِيِّهِمْ عِجْلًا جَسَدًا لَّهُۥ خُوَارٌ﴾ [الأعراف: ١٤٨]. والإحراق والنسف إهلاك ومحق. قال الله تعالى مخبراً عن إبراهيم عليه السلام: ﴿فَجَعَلَهُمْ جُذَٰذًا إِلَّا كَبِيرًا لَّهُمْ﴾ [الأنبياء: ٥٨]، والجذاذ: الفتات، ومنه قيل للسويق حديد، وذلك نص في إستئصال الإتلاف.

وروينا عن مسند الإمام(٢) وفي المعجم الكبير للطبراني(٣) عن الفرج بن فضالة(٤) عن علي بي يزيد، عن القاسم عن

---

(١) انظر: المهذب (١/٣٧٤)، روضة الطالبين (٤/١٠٦، ١٠٧) مغني المحتاج (٢/٢٨٥)، شرح روض الطالب (٢/٣٤٤).

(٢) جاء في مسند الإمام أحمد (٥/٢٥٧، ٢٦٨) حدثنا فرج بن فضالة، عن يزيد بن يزيد، عن القاسم، عن أبي أمامة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله: «**بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير، ولا يحل بيعهن ولا شرائهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وثمنها حرام**».

(٣) المعجم الكبير للطبراني (٨/٢٣٢).

(٤) هو فرج بن فضالة بن النعمان بن نعيم التنوخي القضاعي أبو فضالة الحمصي ويقال =

أبي أمامة[١]، قال: قال رسول الله ﷺ: **«إن الله بعثني رحمة للعالمين، وهدى للعاملين وأمرني ربي بمحق المعازف والمزامير، والأوثان والصلب وأمر الجاهلية»** لفظ الطبراني.

والفرج بن فضالة حمصي قال أحمد في رواية: هو ثقة وعن ابن معين: ليس به بأس، وتكلم فيه آخرون وعلي بن يزيد: دمشقي ضعفه أيضاً غير واحد[٢]. وقال محمد بن يزيد المستملي عن أبي مسهر)[٣] ما أعلم إلا خيراً وهو إن شاء الله به أعرف[٤].

والمحق نهاية في الإتلاف ولا ريب في أن استحقاق الإتلاف موجب لانتفاء الضمان، ولأن محل الضمان، ما قبل المعاوضة وشيء مما نحن فيه لا يقبلها البتة، فلا يكون مضموناً وإنما قلنا لا يقبل؛ لأن النبي ﷺ قال **«إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»**[٥]، وهو نص في الأوثان.

قال ﷺ: **«إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»**[٦]، والملاهي محرمات

= الدمشقي انظر: التهذيب (٨/٢٣٤).

(١) هو صدى بن عجلان أبو أمامه الباهلي صحابي مشهور سكن الشام ومات بها سنة (٨٦هـ). انظر: التقريب ص(١٥٢)، التهذيب (٤/٣٦٨).

(٢) انظر: الجرح والتعديل (٧/٨٥، ٨٦).

(٣) ما بين القوسين في المخطوط غير واضح، ولعل الصواب ما أثبته في المتن. التهذيب (٨/١٣٥).

(٤) انظر: التهذيب (٨/٢٣٤).

(٥) أخرجه من حديث جابر بن عبد الله البخاري، في باب بيع الميتة والأصنام، من كتاب البيوع صحيح البخاري (٣/١١٠)، ومسلم في: باب تحريم بيع الخمر والميتة والأصنام، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم (٣/١٢٠٧).

(٦) أخرجه من حديث ابن عباس رضي الله عنه مسلم، في باب تحريم بيع الخمر، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم (٣/١٢٠٦)، والنسائي، في باب: بيع الخمر، من كتاب البيوع. المجتبى (٧/٢٧١)، الدارمي، في: باب النهي عن الخمر وشرائهما، من كتاب الأشربة، وفي: باب في النهي عن بيع الخمر، من كتاب سنن الدرامي (٢/١٤٤، =

فتدخل في الخبر. وأما ما تلفه ما فوق الحد المبطل للصور لجعله آنية، فلا يثبت به وجوب الضمان لسقوط حرمته حيث كان جزاء المحرك، ولهذا نقول لو اقتصر على تفصيله فجعل منه إناء لم يكن للغير كسره ذكره أبو يعلى الصغير[١] في كتاب النكت لانفصاله عن المحرم، فتثبت الحرمة إذاً ويجب ضمان إناء، وكذا ما لو صارت رصاصاً فأحرقه محرق وجب قيمة الرصاص حكاه في التلخيص؛ لأن الإتلاف لم يصادف هبة محرمة بل عيناً منتفعاً بها.

وكذلك التماثيل المجسدة يجوز إتلافها بالكلية ابتداءً ولا ضمان في شيء منها لسقوط الحرمة ولو اقتصر على قطع رؤسها، وكان ما بقي قابلاً للإتلاف فأتلفه متلف لوجب ضمانه لعدم مصادفة الصورة والله أعلم[٢].

فصل

وفي كسر الدف وتخريقه روايتان أوردهما القضاة أبو الحسن بن الفراء في التمام[٣][٤]، ويعقوب بن إبراهيم في تعليقه، وصاحبه أبو يعلى الصغير في نكته.

إحداهما: وجوب الضمان، قال في رواية إسحاق بن إبراهيم:

= ٢٥٦)، الإمام مالك، في باب جامع تحريم الخمر من كتاب الأشربة. الموطأ (١٩٧/٢)، والإمام أحمد، في المسند (٢٣٠/١ ـ ٢٤٤، ٣٢٤، ٣٥٨).

(١) انظر: الإنصاف (٢٤٧/٦).

(٢) انظر: المغني (١٠/ ١٩٩، ٢٠١)، الإنصاف (٤٧٤/١).

(٣) هو: محمد بن محمد بن الحسين الفراء القاضي الشهير أبو الحسن ابن شيخ المذهب القاضي أبو يعلى بدء في الفقه وأفتى وناظر، وكان عارفاً بالمذهب توفي (٥٢٦هـ). انظر: المقصد (٤٩٩/٢).

(٤) انظر: التمام لما صح من الروايتين والثلاث والأربع (٧٩/٢).

وسأله عن الدف يلعب به الصبيان؟ قال: لا يعجبني كسره[١].

وقال في رواية جعفر بن محمد: أما الدف فلا يعرض له[٢]. وقد روي عن النبي ﷺ في العرس قيل له يكون فيه جرس، قال: «**لا**»[٣]، وقد كرهه أصحاب عبد الله، ولم يذهب إليه[٤].

وهذا المشهور فإن المصنف[٥] والقاضي في المجرد والسامري وغيرهم صرحوا بإباحة صوته، وذلك مستلزم للضمان بكسره ولابد وهو الحق فإنها عين مباحة الانتفاع فوجب الضمان بإتلافها كسائر الأعيان، ودليل الوصف يأتى إن شاء الله في كتاب الشهادت.

والثانية: عدم الضمان قال: في رواية إسحاق بن منصور: أكره الدفوف، وذهب إلى حديث إبراهيم[٦]، وكان أصحاب عبد الله يستقبلون الجواري في الطرق معهم الدفوف فيحرقونها[٧].

وروى الحسن بن حسان نحو ذلك، وقال: يروى عن الحسن قال: ليس الدفوف من أمر المسلمين في شيء[٨].

ويقتضيه قول شريح، وسويد بن غفلة[٩]، وعاصم بن

---

(١) انظر: الروايتين والوجهين (١٤١/٣).
(٢) انظر: الروايتين والوجهين (١٤٠/٣).
(٣) لم أقع على تخريج هذا الحديث لأنه ليس عن صحابي كما أن الحديث مروي بالمعنى.
(٤) انظر: الروايتين والوجهين (١٤١/٣).
(٥) انظر: المغني (١٠/ ٢٠٥، ٢٠٦).
(٦) حديث إبراهيم نقله ابن حزم في المحلى (٦٣/٩) إلا أنه قال: يشققونها بدل: يحرقونها.
(٧) انظر: مسائل أحمد برواية الكوسج ص٤٧٥ مسألة رقم ٤٣٥. وكذلك في الروايتين والوجهين ٣/ ١٤١. إلا أنه قال يخرقونها بدل: يحرقونها.
(٨) انظر: الروايتين والوجهين (١٤٢/٣).
(٩) أبو أمية سويد بن غفلة بن عوسجة الجعفي الكوفي، قدم المدينة حين نفضت الأيدي من دفن رسول الله ﷺ وشهد فتح اليرموك، ثقة توفي سنة (٨٠هـ). انظر: التهذيب (٢٤٤/٤).

هبير[١]، وزبيد اليامي[٢] وغيرهم قياساً على الطنابير والأعواد، وهذا لا أثر له مع نص الإباحة.

وحكى القاضي في كتاب الروايتين والوجهين[٣] رواية بجواز إتلافه في اللعب لما عدا النكاح[٤].

ثم حكى النص من رواية المروذي[٥] أنه جاء ليغسل ميتاً، فرأى دفاً فكسره فتبسم ولم ير بأساً بكسره في مثل الميت.

قال: وكذلك نقل ابن بختان وسئل عن كسر الدف عند الميت، فلم ير بكسره بأساً[٦].

قال: كان أصحاب عبد الله يأخذون الدفوف من الصبيان فيخرقونها، وهذا ونحوه عن أحمد يفيد ما حكى القاضي من جواز الإتلاف في كل ما عدا النكاح إنما يقيده في الميت بخصوصه[٧] كما ترى، وسيرد إن شاء الله في كتاب الشهادات جواز استعماله فيما عدا النكاح. وأما استعماله في الموت، فيمتنع لكونه ـ والله أعلم ـ من تواقع النوح، وكذلك يمتنع حال المعاقرة على الشراب فجواز الإتلاف على هذه الرواية مقيد بهذه الحالة، فينبغي الضمان فيها وإنما أتلف حالة؛ إذ لحرمة الاستعمال فهو كرقاق الخمر على ما سنذكره.

---

(١) هو: عاصم بن هبير روى عنه مغيرة بن مقسم وفضيل بن أبي رفيده. انظر: الجرح والتعديل (٣٥١/٦).

(٢) هو: زبيد بن الحارث بن عبد الكريم بن عمرو بن كعب اليامي، أبو عبد الرحمٰن الكوفي، ثقة ثبت عابد، مات سنة (١٢٢هـ)، وقيل بعدها. انظر: التهذيب (٢٦٨/٣)، التقريب ص(١٠٦).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (١٣٩/٣).

(٤) انظر: الإنصاف (٢٤٨/٦).

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (١٣٩/٣، ١٤١).

(٦) انظر: الروايتين والوجهين (١٤١/٣).

(٧) انظر: الروايتين والوجهين (١٣٩/٣، ١٤٢).

فصل

قال القاضي أبو يعلى في الأحكام السلطانية: وأما اللعب فليست يقصد بها المعاصي إنما يقصد بها ألف البنات لتربية الأولاد ففيها وجه من وجوه التدبير يقارنه معصية بتصوير ذات الأرواح، قال: وظاهر كلام أحمد المنع منها وإنكارها إذا كانت على صورة ذوات الأرواح، ثم ذكر نص أحمد عليه من رواية المروذي في الوصي يشتري للصبية لعبة إذا طلبت منه قال: إن كانت صورة فلا.

قال: وقال في رواية بكر بن محمد: لا بأس بلعب اللعب إذا لم يكن فيه صورة، فإن كان صورة فلا.

وإنما قاله نظراً إلى عموم المنع من الصور فعل هذا لا ضمان في إتلافها كالأصنام والصحيح إباحة تمكينهن من اللعب بها ثبت من رواية هشام بن عروة(١) عن أبيه عن عائشة (أنها كانت تلعب بالبنات عند رسول الله ﷺ، قالت: وكانت تأتيني صواحبي فكن ينقمعن من رسول الله ﷺ قالت: فكان رسول الله ﷺ يسربهن إليَّ) أخرجاه في الصحيحين(٢). وفي لفظ: (كنت ألعب بالبنات في بيته وهن اللعب) أخرجه مسلم(٣).

وروى محمد بن إبراهيم التميمي(٤)، عن أبي سلمة(٥)، عن عائشة

---

(١) هو: هشام بن عروة بن زبير بن العوام الأسدي أبو المنذر. أحد الأعلام ثقة فقيه ربما دلس مات سنة (١٤٦هـ). انظر: التقريب ص(٣٦٣)، التهذيب (١١/ ٤٤).

(٢) أخرجه البخاري في باب الانبساط إلى الناس من كتاب الأدب (١٠/ ٤٣٣) (٨١) فتح الباري شرح صحيح البخاري، وأخرجه مسلم في باب في فضل عائشة رضي الله عنها، من كتاب فضائل الصحابة. صحيح مسلم (٤/١٨٩٠، ١٨٩١).

(٣) أخرجه مسلم في باب فضل عائشة رضي الله عنها من كتاب فضائل الصحابة. صحيح (٤/١٨٩٠، ١٨٩١).

(٤) هو: محمد بن إبراهيم بن الحارث بن خالد التيمي أبو عبد الله المدني، ثقة له أفراد، مات سنة (١٢٠هـ). انظر: التقريب ص٢٨٨/ التهذيب (٩/٦).

(٥) هو: أبو سلمة بن عبد الرحمٰن بن عوف الزهري المدني، وقيل اسمه عبد الله، =

قالت: قدم رسول الله ﷺ من غزوة تبوك، أو خيبر، وفي سهوتها ستر (السهوة كالصفة أمام البيت قاله ابن فارس وقيل هي تشبه بالرف والطاق)[١] فهبت ريح فكشفت ناحية الستر عن بنات لعائشة لعب فقال: «**ما هذا ياعائشة؟**» قالت: بناتي، وأرى بينهن فرساً له جناحان من رقاع، فقال: «**ما هذا الذي أرى في وسطهن؟**» قالت: فرس، قال: «**وما هذا الذي عليه؟**» قالت: جناحان، ثم ذكرت خيل سليمان ذوات الأجنحة، قالت: فضحك حتى رأيت نواجذه. أخرجه أبي داود والنسائي في كتابيهما[٢] من حديث سعيد بن الحكم بن أبي مريم[٣] عن يحيى بن أيوب[٤] عن عمارة بن غزية[٥] عن التيمي، والإسناد صحيح.

وروينا من جهة عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة: أنها رفعت إلى النبي ﷺ ومعها ألعبها وإسناده جيد وذلك كله مخصص للعموم، فيجوز بيعها وشراؤها للعبهن؛ إذ الأصل في الأعيان المنتفع بها جواز البيع.

ويحكى أن أبا سعيد الإصطخري[٦] من أئمة الشافعية قلد حسبة

= وقيل إسماعيل، وقيل: اسمه كنيته، ثقة مات سنة (٩٤هـ)، وقيل: (١٠٤هـ). انظر: التقريب ص٤٠٩.

(١) ما بين القوسين ساقطة من المخطوط، أثبتها من هامش المخطوط.

(٢) أخرجه أبو داود: في باب اللعب بالبنات، من كتاب الأدب. سنن أبي داود (٥٨١/٢)، أخرجه النسائي في السنن الكبرى عزاه له المزني في تحفة الأشراف (١٢/ ٣٥٧، ٣٥٨) الحديث (١٧٧٤٢).

(٣) هو: سعيد بن الحكم بن سالم المعروف بابن أبي مريم الجمحي أبو محمد المصري. انظر: التهذيب (١٦/٤).

(٤) هو: يحيى بن أيوب الغافقي أبو العباس المصري، صدوق، مات سنة (١٦٨هـ). انظر: التهذيب (١١/ ١٦٣).

(٥) هو: عمارة بن غزية بن الحارث الأنصاري المازني المدني،تابعي، ثقة، كثير الحديث توفي سنة (١٤٠هـ). انظر:/ التهذيب (٣٧٠/٧).

(٦) هو: أبا سعيد الإصطخري بالرجوع إلى كتب التراجم لم يتبين لي ترجمته.

بغداد أيام المقتدر، فأقر سوق اللعب ولم يمنع منها، وقال: قد كانت عائشة تلعب بالبنات بمشهد رسول الله ﷺ فلا ينكره، وعلى هذا يجب الضمان بإتلافها كسائر الأعيان المباحة.

فصل

ولا ضمان في إفساد الصور بالجدار والقباب والأسترة والرايات والتراس وسائر ما لا يوطأ مثله(١).

قال: المروذي: قلت لأحمد: الرجل يكتري البيت فيرى فيه تصاوير، ترى أن يحكها؟ قال: نعم فإن دخلت حماماً، فرأيت صورة، أترى أن أحك الرأس؟ قال: نعم(٢).

ووجهه: أنه مستحق الإفساد أو الإزالة ولا حرمة له(٣).

قال أبو الهياج الأسدي(٤): قال لي علي بن أبي طالب: «ألا أبعثك على ما بعثني عليه رسول الله ﷺ أن لا تدع تمثالاً إلا طمسته ولا قبراً مشرفاً إلا سويته» أخرجه مسلم(٥).

وروى ابن عباس: أن النبي ﷺ لما رأى الصور في البيت لم يدخل حتى أمر بها فمحيت) أخرجه البخاري(٦).

وفي الصحيحين أن النبي ﷺ قال: لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب

---

(١) انظر: المغني (١٠/ ١٩٩).

(٢) انظر: المغني (١٠/ ٢٠٥).

(٣) انظر: المغني (١٠/ ٢٠٥).

(٤) هو: أبو الهياج الأسدي الكوفي حيان بن حصين، روى عن علي وعمار، ذكر في الثقات انظر: التهذيب (٥٩/٣).

(٥) أخرجه مسلم في: باب الأمر بتسوية القبر من كتاب الجنائز. صحيح مسلم (٣٦/٧).

(٦) أخرجه البخاري في: باب قوله تعالى: ﴿وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا ﴿١٢٥﴾﴾، وقوله: ﴿إِنَّ إِبْرَاهِيمَ...﴾ إلخ. من كتاب أحاديث الأنبياء صحيح البخاري (٢٩٩/٦).

ولا صورة[١].

وكذلك الصلب في الثياب وغيرها يثبت من حديث عائشة (أن رسول الله ﷺ لا يترك في بيته شيئاً فيه تصليب إلا نقضه) أخرجه البخاري وأبي داود[٢] وهذا لفظه.

وثبت أيضاً من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: **«والذي نفسي بيد ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم حكماً عدلاً فيكسر الصليب ويقتل الخنزير ويضع الجزية»** متفق عليه[٣].

المسألة الثانية:

لا ضمان في كسر أواني الذهب والفضة[٤].

قال المروذي[٥]: قلت لأبي عبد الله دفع إلي إبريق فضة لأبيعه ترى أن أكسره أو أبيعه كما هو قال: اكسره، وقال أيضاً: قيل لأبي عبد الله أن رجلاً دعا قوماً فجيء بطست فضة وإبريق فكسره، فأعجب أبا عبد الله كسره.

---

(١) أخرجه من حديث أبي طلحة رضي الله عنه البخاري في: باب إذا قال أحدكم آمين، من كتاب بدء الخلق، وفي باب من كره العقود على الصورة، من كتاب اللباس. صحيح البخاري (١٣٨/٤/ ٨٣٩/ ٢١٦). ومسلم في: باب تحريم تصوير الحيوان، من كتاب اللباس، صحيح مسلم (١٦٦٥/٣/ ١٦٦٦).

(٢) أخرجه البخاري: في باب نقض الصور من كتاب اللباس. صحيح البخاري (١٠/ ٣١٦). وأخرجه أبو داود في باب في الصليب في الثوب من كتاب اللباس (٧٢/٤).

(٣) اخرجه البخاري في باب قتل الخنزير من كتاب البيوع فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٣٢٨/٤). في باب كسر الصليب وقتل الخنزير من كتاب المظالم. فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٩١/٥)، ومسلم في باب نزول عيسى ابن مريم حاكماً من كتاب الإيمان صحيح مسلم بشرح النووي (١٨٩/٢، ١٩٠).

(٤) انظر: المغني (٤٢٨/٧)، الشرح الكبير (٤٥٨/٥)، المبدع (٢٠١/٥)، الإنصاف (٢٤٧/٦) كشاف القناع (١٣٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٩٠٣/٣)، حاشية الروض المربع (٤٢٣/٥).

(٥) انظر: المغني (٤٢٨/٧)، الشرح الكبير (٤٥٨/٥).

وقال أيضاً: دخلت على رجل وكان أبو عبد الله بعث إليه في شيء فأتي بمكحلة رأسها مفضض فقطعتها، فأعجبه ذلك وتبسم وأنكر على صاحبها. انتهى.

ووجه: أن الصناعة محرمة فلا قيمة لها ولا حرمة، وأيضاً فتعطيل هذه الهيئة مطلوب فهو به محسن ولا تفصيل على المحسن. قال في المغني[١] وحكى أبو الخطاب[٢] رواية عن أحمد أن يضمن، فإن مهنا نقل عنه فمن هشم على غيره أبريق فضة: عليه قيمته (يصوغه)[٣] كما كان، قيل له: أليس قد نهى النبي ﷺ عن اتخاذها[٤]؟ فسكت، انتهى.

وهذه حكاها أبو الخطاب في كتابه[٥] والقاضي يعقوب في تعليقه، وأبو الحسين في التمام[٦] وأبو يعلى الصغير في المفردات، وغيرهم[٧].

وهو إن أريد به ضمان الأجزاء. وهو الظاهر من إيرادهم. فإن يعقوب وأبا الحسين وأبا يعلى علّلوه بجواز المعاوضة عليها، والقطع بسرقتها فمسلم ولكن ليس محل النزاع كما سنذكره وهو شيء لا خلاف فيه[٨].

---

(١) انظر: المغني (٧/٤٢٨)، ملاحظة: ما جاء في المغني إن أبو الخطاب حكى رواية أخرى عن أحمد أنه يضمنه وليس أبو طالب.
(٢) انظر: الهداية لأبو الخطاب (١/١٩٥، ١٩٦).
(٣) كتبت في المخطوط: «مصنوعه»، والصواب ما أثبته في المتن. انظر: المغني (٧/٤٢٨).
(٤) أخرجه البخاري في: باب حق إجابة الوليمة والدعوة..، من كتاب النكاح، وفي باب خواتيم الذهب، من كتاب اللباس صحيح البخاري (٧/٣٢١، ٢٠٠)، ومسلم، في: باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة..، من كتاب اللباس صحيح مسلم (٣/١٦٣٥، ١٦٣٧).
(٥) الهداية (١/١٩٥/١٩٦).
(٦) التمام (٢/٨٠).
(٧) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٧).
(٨) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٨).

وإن أريد به ضمان الإرش، وهو فرض المسألة كما سننبه عليه، فلا أعلم له وجهاً[١].

والعجب من إثبات هذه الرواية بما نقله مهنا، فإنه ظاهر في الرجوع عن الضمان حين نبه عن النهي، وإن كان لما حكوه أصل لا من هذا النص، فيتجه بناؤه على الرواية المحكية لبعض المتأخرين في جواز إتخاذ آنية الأثمان. وإن كان الصحيح خلافاً، والله أعلم. وما عدا الأواني مما صياغته محرمة فالكلام فيه كالكلام في الأواني. وإذا أنجز هذا، فالضمان المنفي في المسألة إنما هو ضمان الإرش فقط. أما الأجزاء، فمضمونة ولا بد. ولهذا عبر المصنف[٢] ها هنا بالكسر وفيما تقدم بالإتلاف، وممن صرح بما قلنا القاضي في مجرده وابن عقيل في فصوله.

ولفظ المجرد: إن أتلف متلف آنية وزنها مائة وقيمتها لأجل الصنعة مائة وعشرون سقطت الصنعة، وكانت كالتي لا صنعة فيها على ما شرحناه في النقرة[٣].

ولفظ الفصول: إن أتلف متلف إناء ذهب أو فضة وزنه وقيمته عند الراغبين مائتان كان ما يخص الصناعة هدراً ولا يجب إلا غرامة وزنه فقط.

ثم قال: بعد ولا يسقط ضمان الفضة والذهب بخلاف سقوط الرق والخشب والوتر في الآت اللهو، ثم أشار إلى الفرق، فقال: لأن الذهب والفضة لا يتبعان الصنعة، بل هما مقصودان عملاً أو كسراً. والخشب والرق يصيران تابعين للصناعة، فالصناعة في الذهب والفضة

---

(١) انظر: الإنصاف (٢٤٨/٦).
(٢) انظر: المقنع (٢٥٦/٢).
(٣) سبق ذكره.

كالغناء في الآدمية. لأن الصناعة أقل من الأصل. والخشب والرق لا يبقى مقصوداً بنفسه، بل يتبع الصورة(١). ولذلك لا يصلح ساذجاً لغير ذلك ولوبيع لم يصح بيعه ولو بيعت الأمة والأواني سوداح من الصناعة صح البيع.

وأيضاً، فالإتلاف في الطنابير ونحوها مؤدي إلى ما لا قيمة له أو إلى ما لا تتبعه النفس بخلاف آنية الذهب والفضة على ما لا يخفى، ولهذا المعنى قال: طائفة من الصحابة فيما روى أبو بكر بن أبي شيبة عن زيد بن الحباب(٢) عن جرير بن حازم(٣) عن عبد الكريم عن مجاهد (أن رجلاً ورث أصناماً من فضة فسأل عنها رهطاً من أصحاب رسول الله ﷺ فكلهم أمره أن يكسرها فيجعلها فضة فأمروه بالتمول لبقاء القيمة)(٤).

وما قيل عن بيع الأواني قبل الكسر إن أريد به لمن يريد كسرها وسبكها، فالمذهب كما قال على ما نص عليه في رواية الأثرم قال: إن أحد المريفة يعني بعقد البيع على أن يسكبها فليس به بأس ولا شك في أن فساد المريفة مستحق وإن (أريد به صح)(٥) البيع بدون هذا القصد فليس كما قال، فإن المروذي قال: سألت أبا عبد الله عن إبريق فضة يباع؟ قال: لا حتى تكسره وتوقف البيع على الكسر مفيد لعدم صحته قبل الكسر كما في سائر التباعات الممنوعة.

---

(١) انظر: كشاف القناع (١٣٢/٤).

(٢) هو زيد بن الحباب أبو الحسين العكلي أصله من خرسان، وكان بالكوفة، صدوق مات سنة (٢٠٣هـ). انظر: التقريب ص١٢٢، التهذيب (٣٤٧/٣).

(٣) هو: جرير بن حازم بن عبد الله بن شجاع الأزدي ثم العتكي أبو النضر البصري أحد الأعلام ثقة لكن في حديثه عن قتادة ضعف، وله أوهام إذا حدث من حفظه، مات سنة (١٧٠هـ). انظر: التقريب ص(٥٤)، التهذيب ٢/ ٦٠.

(٤) بالرجوع إلى مصنف ابن أبي شيبة لم أعثر عليه.

(٥) ساقطه من المخطوط وأثبتها من هامش المخطوط.

فصل

والمعروف من المذهب جواز الإقدام على الكسر من غير إذن كما اقتضاه إطلاقاً نص أحمد الذي مر لأنه تغيير للمنكر فلا يتوقف على إذن كما فيما عداه من المنكرات.

وذكر أبو بكر في كتاب زاد المسافر[1] من رواية المروذي، قال: قلت ـ يعني لأحمد ـ: إن دفعها إلى رجل يبيعها يعني آنية الذهب والفضة؟ قال: لا. قلت: فيكسرها قال: يرجع فيستأمرهم.

وقال المروذي أيضاً في كتاب الورع سألت أبا عبد الله عن المرأة تعطيني الدارهم لأشتري لها بها الحاجة أو الشيء فتكون مكحلة أحكها، قال: لا حتى تستأمرها. قلت: فإن لم أراها حتى كنت عند صاحب السلعة، قال: ترجع إليها ولا تحدث فيها شيئاً إلا بإذنها وتخبرها أنه لا يحل إنفاقها.

وروينا في كتاب الأثرم قال: سئل أبو عبد الله عن الرجل يعطيه الدراهم لينفقها فتكون مكحلة أيحكها من غير علم صاحبها فقال: يستأذنه.

فأوجب الإذن اعتباراً لسلطنة الملك، فلا يتصرف بدون إذن من له الملك كما في إقامة الحدود يختص بها الأئمة بسلطنة الولاية، فعلى هذا إن امتنع من الكسر أو الإذن كسره الغير لأن الكسر مستحق فلا يعطله الامتناع من الإذن فيه، أو نقول الامتناع من الإذن مسقط لاعتباره من الممتنع كما في عضل الولي ثم ليعلم أن اعتبار الإذن لا يستلزم وجوب الضمان عند تخلف الإذن، كما أن اعتبار إذن الإمام لقتل المرتد ورجم الزاني المحصن لا يستلزم الوجوب بقتلها مع عدم الإذن، وإنما كان

(١) كتاب زاد المسافر لأبو بكر غلام الخلال وهو من كتب المتون التي لم يلحقها شرح وهو من الكتب الكبار ذات المجلدات الكثار. انظر: المدخل المفصل (٢/٨٠٨، ١٠٣١).

كذلك لأن ما يراد له الإذن استقر وجوبه قبل الإذن، فلم يرد الإتلاف على ذات معصومة ومعلوم أن الضمان إنما يجب لتفويت ما هو معصوم.

فصل

ولا ضمان في إحراق الكتب المضلة[١]. قال المروذي: قلت لأحمد: استعرت كتاباً فيه يعني أشياء رديئة ترى أن (أعدمه أو أحرقه)[٢]؟ قال: نعم، ولاخفاء بالمفسدة، فإعدامه مستحق فلا يكون به ضامناً[٣].

المسألة الثالثة:

لا ضمان في كسر أواني الخمر وشق زقاقه[٤][٥].

قال المروذي: قلت لأبي عبد الله : لو رأيت مسكراً في قنينة أو قربة تكسر أو تصب؟ قال: تكسره.

وروينا عن أبي طالب أنه قال لأبي عبد الله يمر على المسكر القليل أو الكثير اكسره قال: نعم تكسره.

وعن محمد بن أبي حرب قلت لأبي عبد الله لقي رجلاً ومعه قربة مغطاة؟ قال: يرميه. قلت: نعم. قال: يكسره. ومر في المسألة الأولى[٦] نصه من رواية إسحاق بن إبراهيم في كسر الطنبور والطبل والمسكر؟ قال: ليس يلزمك شيء.

وقال من رواية ابن منصور: في الرجل يرى الطنبور والطبل مغطاً

---

(١) انظر: الإنصاف (٢٤٩/٦)، كشاف القناع (١٣٣/٤).
(٢) كتبت في المخطوط: «أحرق وأحرقه»، ولعل الصواب ما أثبته في المتن.
(٣) انظر: الإنصاف (٢٤٩/٦)، الفروع (٣٩٢/٤).
(٤) الزق: هو السقاء ونحوه من الظروف، وجمع القلة أزقاق، والكثير زقاق وزقان. انظر: الصحاح (١٤٩١/٤)، المطلع ص(٢٧٧).
(٥) انظر: المغني (٤٢٩/٧).
(٦) سبق ذكره.

والقنينة إذا كان؛ يعني: تبين أنه طنبور أو طبل أو فيها مسكر كسره[١].

وجه ذلك: ما روى عبد الله بن أبي الهذيل[٢] قال: (كان عبد الله هو ابن مسعود يحلف بالله إن التي أمر بها النبي ﷺ حين حرمت الخمر أن يكسر دنانه وأن يكفأ ثمر التمر والزبيب) أخرجه الداقطني في السنن بإسناد صحيح[٣].

وروينا عن الثقة يحيى بن عباد[٤] عن أنس بن مالك عن أبي طلحة أنه قال: يا نبي الله! إني اشتريت خمراً لأيتام في حجري؟ قال: «**أهرق الخمر واكسر الدنان**» أخرجه الترمذي[٥] من حديث ليث بن أبي سليم[٦] عن يحيى، وليث فيه لين[٧].

وفي مسند الإمام[٨] من جهة ابن لهيعة[٩] عن أبي طعمة[١٠] قال

---

(١) انظر: الروايتين والوجهين (١٤١/٣).

(٢) هو: عبد الله بن أبي الهذيل الكوفي، أبو المغيرة ثقة، مات في ولاية خالد القسري على العراق. انظر: التقريب ص١٩٢، التهذيب (٥٧/٦).

(٣) أخرجه الدراقطني في كتاب الأشربة سنن الدراقطني (٢٥٤٢٥٣/٤).

(٤) هو: يحيى بن عباد بن شيبان بن مالك الأنصاري السلمي أبو هبيرة الكوفي روى عن أنس بن مالك وعن أبي هريرة وغيرهم. انظر: التهذيب (١١/ ٢٠٥)، الجراح والتعديل (١٧٢/٩).

(٥) أخرجه الترمذي في: باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك من كتاب البيوع سنن الترمذي (٤٦/٣).

(٦) هو: ليث بن أبي سليم بن زنيم القرشي، مولاهم أبو بكر صدوق اختلط أخيراً، ولم يتميز حديثه فترك، مات سنة (١٤٨هـ). انظر: التقريب ص(٢٨٧)، التهذيب (٤١٧/٨).

(٧) انظر: التقريب ص٢٨٧، التهذيب (٤١٧/٨). الجرح والتعديل (١٧٩/٧).

(٨) انظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل (٧١/٢).

(٩) هو: ابن لهيعة عبد الله بن عقبة الحضرمي، أبو عبد الرحمٰن المصري القاضي، صدوق اختلط بعد احتراق كتبه، ورواية ابن المبارك وابن وهب عنه أعدل من غيرها، وله في مسلم بعض الشيء مقرون، مات سنة (١٧٤هـ)، وقيل: سنة (١٧٣هـ). انظر: التقريب ص(١٨٦)، والتهذيب (٣٢٧/٥).

(١٠) هو: أبو طعمة الأموي مولى عمر بن عبد العزيز اسمه هلال شامي سكن مصر. =

سمعت عبد الله بن عمر يقول أتى رسول الله ﷺ المربد فإذا بأزقاق على المربد فيها خمر، فدعاني رسول الله ﷺ بالمدية قال: وما عرفت المدية إلا يؤمئذ فأمر بالزقاق فشقت ثم قال: «**لعنت الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وحاملها**»(١) الحديث.

وأبو طعمة مولى لبني أمية شامي روى عنه غير واحد، وذكر ابن أبي حاتم أنه قاضي أهل مصر، قال: أبو عمر النمري(٢) رماه مكحول(٣) بالكذب(٤).

وأورد الإمام في «المسند» أيضاً عن الحكم بن نافع(٥) عن أبي بكر بن أبي مريم عن ضمرة بن حبيب(٦) عن عبد الله بن عمر: أمرني رسول الله ﷺ أن آتيه بمدية فأتيته بها، فأرسل بها فأرهقت، ثم أعطانيها، وقال: أغد عليّ بها ففعلت، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة، وفيها زقاق قد خمر جلبت من الشام، فأخذ المدية مني، فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته، ثم أعطانيها وأمر أصحابه الذين كانوا

= وروى عن مولاه وعبد الله بن عمر، وعنه عبد العزيز بن عمر وابن لهيعة وغيره، وقال ابن عمار الموصلي أبو طعمة، ثقة، انظر: التهذيب (١٢/ ١٥٣).

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٢/ ٧١).

(٢) هو: أبو عمر يوسف عبد البر عبد الله النمري القرطبي، شيخ علماء الأندلس، وكبير محدثيها في وقته توفي سنة (٤٦٣هـ). انظر: الديباج المذهب (٢/ ٣٦٧، ٣٧٠).

(٣) لعله يقصد به مكحول الأزدي العتكي البصري أبو عبد الله صدوق. انظر: التقريب ص٣٤٧، التهذيب (١١/ ٢٦٠) أو قد يكون: مكحول الشامي أبو عبد الله ويقال أبو أيوب ويقال أبو مسلم الفقيه الدمشقي ثقة فقيه كثير الإرسال مشهور. انظر: التقريب ص٣٤٧، التهذيب (١٠/ ٢٨٥).

(٤) انظر: التهذيب (١٢/ ١٥٣).

(٥) هو: الحكم بن نافع البهراني أبو اليمان الحمصي مشهور بكنيته، ثقة، ثبت، يقال: عن أكثر حديثه عن شعيب مناولة، مات سنة (٢٢٢هـ). انظر: التهذيب (٢/ ٣٧٩).

(٦) هو ضمرة بن حبيب بن صهب الزبيدي أبو عتبة الحمصي ثقة، مات سنة (١٣٠هـ). انظر: التقريب ص(١٥٥)، التهذيب (٤/ ٤٠٢).

معه أن يمضوا معي، وأن يعاونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها، فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته، فلم أترك في أسواقها زقاً إلا شققته[(١)].

وضمرة تابعي ثقة إلا أني لا أعلم هل سمع ابن عمر أولا[(٢)]، وابن أبي مريم ضعفه غير واحد.

قال: ابن حبان كان من خيار أهل الشام، ولكنه كان رديء الحفظ[(٣)] ومطلوبية الكسر والشق مع الضمان لا يجتمعان ومطلوبية ما ذكرنا ثابتة، فالضمان منتف؛ إنما قلنا: لا يجتمعان لأن الضمان استدرك ظلامة والظلامة مستحيلة حالتئذ، فلزم انتفاء الضمان.

وروى مالك عن إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة[(٤)] عن أنس بن مالك قال: كنت أسقي أبا عبيدة بن الجراح[(٥)] وأبا طلحة، وأبي بن كعب[(٦)]، شراباً من فضيخ وتمر فأتاهم آت، فقال: عن الخمر قد حرمت. فقال أبو طلحة: يا أنس! قم إلى هذه الجرة فاكسرها، فقمت إلى مهراس لنا فضربتها بأسفله حتى تكسرت أخرجه في الموطأ[(٧)]، وأخرجاه أيضاً في الصحيحين[(٨)].

---

(١) انظر: مسند الإمام أحمد مسند المكثرين من الصحابة حديث (٥٨٨٩).

(٢) انظر: التهذيب (٤٠٢/٤).الجراح والتعديل (٤٦٧/٤).

(٣) انظر: الثقات لابن حبان (٢٩٢/٤).

(٤) هو: إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة زيد بن سهل الأنصاري البخاري المدني، ثقة كثير الحديث. انظر: التهذيب (٢١٠/١).

(٥) هو: أبا عبيدة عامر بن عبد الله بن الجراح بن هلال بن أهيب ويقال وهيب بن ضبة القرشي الفهري.انظر: التهذيب (٦٣/٥).

(٦) هو: أبي بن كعب بن قيس بن عبيد أبو المنذر. انظر: التهذيب (١٦٤/١).

(٧) أخرجه الإمام مالك في: باب جامع تحريم الخمر: من كتاب الأشربة. الموطأ (١٩٧/٢).

(٨) أخرجه البخاري، في: باب نزول تحريم الخمر، من كتاب الأشربة، وفي: باب ما جاء إجازة خبر الواحد، من كتاب الآحاد. صحيح البخاري (١٣٦/٧، ١٠٨/٩، ١٠٩)، ومسلم في: باب تحريم الخمر، من كتاب الأشربة صحيح مسلم (١٥٧٢/٣).

وروى زيد بن واقد، عن خالد بن عبد الله بن حسين[١] قال: سمعت أبا هريرة يقول: علمت أن رسول الله ﷺ كان يصوم بعض الأيام التي كان يصومها فتحينت فطره بنبيذ صنعته في دباء، فلما كان المساء جيته أحملها إليه فذكر الحديث[٢] ثم قال: فرفعته إليه فإذا هو ينش، فقال: «**خذ هذه فاضرب بها الحائط، فإن هذا شراب من لا يؤمن بالله ولا باليوم الآخر**» أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه[٣].

وهو في كتاب النسائي من جهة صدقة بن خالد[٤]، وعثمان بن حصين[٥]، عن زيد وكلهم ثقات ورواه يحيى بن حمزة[٦] عن زيد قال: حدثني قرعة حدثني أبو هريرة وخالد بن عبد الله أصح إن شاءالله والحديثان مع ما تقدم[٧] مفيد لسقوط الحرمة، وجواز الإتلاف ولا ضمان مع انتفاء الحرمة.

---

(١) هو: خالد بن عبد الله بن حسين الأموي مولاهم الدمشقي. انظر: التهذيب (٨٦/٣).

(٢) أي أنه قال: يارسول الله! إني قد علمت أنك تصوم في هذا اليوم فتحينت فطرك بهذا النبيذ؟ فقال: «**ادنه مني يا أبا هريرة**».

(٣) أخرجه أبو داود في باب النبيذ إذا غلى من كتاب الأشربة سنن أبي داود (٣٣٦/٣)، والنسائي في السنن (٣٠١/٨) رقم ٥٦١، وابن ماجه في السنن (١١٢٨/٢ رقم ٣٤٠٩).

(٤) هو: صدقة بن خالد الأموي أبو العباس الدمشقي مولى أُم البنين أخت معاوية وقيل أخت عمر بن عبد العزيز. انظر: التهذيب (٣٦٤/٤).

(٥) هو عثمان بن حصين بن علاق، ويقال: ابن حصن بن عبيدة بن علاق، ويقال: عثمان بن عبيدة بن حصن بن علاق، ويقال: عثمان بن عبد الرحمٰن بن حصن بن عبيدة بن علاق أبو عبد الرحمٰن ويقال أبو عبد الله الدمشقي مولى قريش ذكره في الثقات وقيل عنه مستقيم الحديث انظر: التهذيب (١٠١/٧، ١٠٢).

(٦) هو: يحيى بن حمزة واقد الحضرمي أبو عبد الرحمٰن الدمشقي القاضي، ثقة رمى بالغدر، من الثالثة مات سنة (٨٦هـ). انظر: التقريب ص٣٧٤، التهذيب (١١/ ١٧٦).

(٧) سبق ذكره.

وحكى المصنف[١] وأبو الخطاب[٢] وأبو يعلى الصغير في آخرين رواية بالضمان[٣].

قال في رواية صالح، وإبراهيم بن الحارث: إن أتلفوا لهم شيئاً من غير ما حرم الله ضمنوا القيمة كأن كسر إناء فيه خمر، فيضمن الإناء ولا يضمن الخمر.

فأوجب الضمان لكونه ليس محرماً، ولا شك أن إباحته لا تختص بالذمي فالمترتب عليها كذلك ووجه بأن المالية قائمة بدليل جواز البيع والهبة والوصية وبأنها عين يباح الانتفاع بها، فضمنت بالإتلاف كسائر الأعيان المباحة، وبأن جعل الخمر فيها لا يوجب إسقاط الضمان، كما لا يوجبه جعل البيت مخزناً للخمور[٤].

وقوله في المتن[٥]: (إن كان ينتفع بها في غيره) تنبيه إلى ما أشير إليه من جعل الانتفاع فإن الحل إنما يناط بما يتأتى الانتفاع به فيما عدا الخمر. أما ما لم يتأتى إلا فيه، فلا ضمان بحال لأنه كالخمر في وجوب الإتلاف.

وذكر القاضي في كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر رواية ثالثة بأن الشق أو الكسر مشروط بعدم القدرة على الحل.

وهذا رويناه عن الأثرم في كتابه قال: قيل لأبي عبد الله رجل رأى زق خمر يشقه؟ فقال: يحله قيل له: فإن لم يقدر على حمله؟ قال: فليشقه إن لم يقدر.

---

(١) انظر: المقنع (٢/٢٥٦).
(٢) انظر: الهداية (١/١٩٥، ١٩٦).
(٣) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٧).
(٤) انظر: المغني (٧/٤٢٨، ٤٢٩)، الشرح الكبير (٥/٤٥٨).
(٥) انظر: المقنع (٢/٢٥٦).

وروى مثله أيضاً إبراهيم بن الحارث وغيره لأن المقصود الإراقة فحيث أمكن بدون الكسر يمتنع الكسر لأنه إتلاف لتمول فيدخل في عموم «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**»[١] أما إذا لم يمكن بدونه، فالمقصود إذا يفوت فاحتيج إلى الكسر تحصيلاً لمصلحة الإراقة، والأول الصحيح لما مر وهو المذهب، ولهذا قدم إيراده وصرح بذلك وغيره[٢].

وها هنا تنبيهان[٣].

أحدهما: فرض المسألة كون الخمر في الإناء أما حالة خلوه عنه فيضمن ولابد لقيام المالية وعدم مانع الانتفاع وممن ذكر هذا القيد المصنف في كتابيه[٤] وأبو يعلى وصاحب المحرر[٥].

والثاني: ظاهر الإيراد يقتضي إناطة الحكم بمطلق الكسر فيهم منه وجوب الضمان بالإتلاف الكلي كما في آنية الذهب والفضة؛ لأن الكسر بمجرده محصل للمقصود فلا يتجاوز إلى غيره، وإذا يجب قيمته مكسوراً، ولا تبعد التفرقة بين ما مكسورة تافهة لا قيمة له لحقارته وعدم الانتفاع به غالباً كأواني الخرف، وما لمكسورة قيمة كالزقاق وأواني الصفر فيجب في الثاني دون الأول؛ لأن الكسر في الأول بمنزلة تعيينه بخلافه في الثاني، وقد قال أنس رضي الله عنه (فقمت إلى مهراس لنا فضربتها يعني الجرة بأسفله حتى تكسرت)[٦] والتكسير يقتضي تكثر الكسر وتفرق الأجزاء، والله أعلم.

---

(١) الحديث سبق تخريجه.
(٢) انظر: الإنصاف (٦/٢٤٨).
(٣) التنبيه الثاني سيأتي ذكره إن شاء الله.
(٤) انظر: المغني (٧/٤٢٨، ٤٢٩)، الكافي (٢/٤١١).
(٥) انظر: المحرر (١/٣٦٣)، الإنصاف (٦/٢٤٧).
(٦) أخرجه البخاري ومسلم والإمام مالك وقد سبق تخريجه.

فصل

في مسائل منثورة

قال الفضل بن عبد الصمد[١] قلت: لأبي عبد الله ما ترى في التجارة في أرض غصب قال: إذا علم أنها أخذت غصباً لم يتجر فيها. وسأله صالح: عن دار غصب: يشتري الرجل ويبيع فيها؟ قال: لا[٢].

وسأله أيضاً يعقوب بن بختان عن الرجل اكترى دكان غصب أشتري منه؟

قال: لا، وقال أبو داود: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الشراء والبيع في سوق مرو؟

فقال: ما لسوقها؟ قال: يقولون هي صافية؟ قال: إن كانت صافية فتحول منها، لا تشتري فيها ولا تبيع[٣].

وقال أبو طالب: سئل أبو عبد الله يبيع الرجل ويشتري في السوق الصافية قال: لا وفي مسائل ابن ماهان قلت لأحمد: ما ترى في الشراء من أرض غصب؟ قال: لا يحل له أن يشتري فيها، قلت: فيطحن فيها؟ قال: ولا له أن يطحن فيها.

---

(١) هو: الفضل بن عبد الصمد الأصفهاني. أبو يحي. ذكره أبو بكر الخلال، فقال: رجل جليل لزم طرطوس إلى أن مات في الأسر وكما عنده جزء مسائل عن أبي عبد الله توفي سنة (٢٧١هـ). انظر: المقصد الأرشد (٢/٣١٥) طبقات الحنابلة (١/٢٥٤).

(٢) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح (١/٣٣٦) مسألة رقم (٢٨٩).

(٣) انظر: مسائل الإمام أحمد برواية أبي داود ص(٢٦١) مسألة رقم (١٢٥٠).

وقال المروذي: سألت أبا عبد الله عن الشراء من مثل بستان بن رباح؟ قال: يتوقاه وكرهه، وسأله أيضاً عن الشراء من نهر سعيد وما أشبهه؟ قال: أحب إلى أن يتوقاه فقال إن عامة ما على نهر سعيد أجل غصباً، وهذه صريح في المنع؛ لأن شغل البقعة حرام فالتبايع فيها محرم، وأيضاً فالشراء ممن فيها معونة على السكنى، فكان ممنوعاً[(١)]، ثم إن اشترى منها ففي رواية المروذي وسئل عن الرجل يشتري من الصوافي وهو لا يعلم وقد خرج كيف يصنع بما اشترى؟ قال: يرجع فيرده إلى الموضع الذى أخذ منه[(٢)].

وأيضاً قلت لأبي عبد الله: إن اشتريت فتبينت أنها صافية، قال: يرجع فيلقيه في المدينة فيخرج، قلت لأبي عبد الله: اشتريت زاداً من موضع، فتبينت بعد أنها صافية قال يرجع إلى[(٣)] القرية أو السوق فتنثر الزاد وتخرج ولم يقل ترجع إلى الذي باعك وتأخذ الثمن، ولكن قال: تنثر الزاد في القرية وتخرج، وذلك محمول على أن المبيع طعام أو فاكهة أنبتته تلك البقاع، كما قال في بعضها: اشتريت زاداً لهذا لم يقل يرده على البائع لأنه لا يملكه، وقال: ينثره في البقعة لأنه الممكن حالتيئذ من الخروج منه، وحمله القاضي على أنه نص في العين المملوكة للبائع وبطلان البيع وطرحه على البائع. ثم قال وهذا يخرج على الروايتين في الصلاة في الدار الغصب[(٤)].

---

(١) انظر: المغني (٣٨١/٧).
(٢) انظر: المغني (٣٨١/٧).
(٣) ساقطة من المخطوط، وأثبتها من هامش المخطوط.
(٤) انظر: المغني (٣٨١/٧). ولم ينسبه له.

قال ابن عقيل: وليس هذا من الصلاة بشيء لأن البقعة ليست شرطاً في البيع ولا علاقة لها بالمبيع، وإنما يحمل على الكراهة والتغليظ أو الورع؛ لأنه لا يؤمن من الحالتين في الأرض المغصوبة أن يبيع طعاماً مغصوباً ولا يحمل على غير ذلك إذ لا وقع ولا تأثير لغصب البقاع في العقود الواقعة فيها.

وإليه مال في المغني(١) وقد قال المروذي قيل لأبي عبد الله: ما تقول فيمن بنى سوقاً وحشر الناس [إليها غصباً](٢) ليكون البيع بها والشارء يرى أن يشترى منها، فقال: يجد موضعاً غيره، وكره الشراء منها قيل له: فمن اشترى منها يشترى منه؟ قال: إذا كان بينك وبينهم رجل، فهو أسهل ولم ير به بأساً. وهذا يدل على صحة العقد لأن جواز الشراء من الواسطة مرتب على ثبوت ملكه.

وقال المروذي(٣): قيل لأبي عبد الله ما تقول في الخانات التي في الطريق ليس يباع إلا فيها ولا يدعون أحداً يشتري إلا من الخان، قال: إذا كنت لا تجد غيره كيف تصنع؟ كان كلامه هوبمنزلة المضطر.

وفي جامع الخلال عن جعفر بن محمد النسائي أنه قال لأبي عبد الله: في القرية الغصب لا يباع من طاعمها وفاكهتها؛ أراه قال: لا إلا أن لا يجد بداً كأنه أراد بذلك إن كان مضطراً.

وقال المروذي قلت لأبي عبد الله: رجل له والدة مريضة، وقد كان أبوه اشترى طوابيق من مكان يكره وهو الغصب، وقد فرش الدار بها

---

(١) انظر: المغني (٧/٣٨١).
(٢) ساقطة من المخطوط، وأثبتها من هامش المخطوط.
(٣) انظر: المغني (٧/٣٨١).

ترى للابن أن يدخل على أمه؟ قال: لا كيف يدخل أليس يريد أن يطأها[١]؟

وقال عمر بن حفص السدوسي[٢] سمعت أحمد وسأله رجل فقال: نحن في أرض غصب؟ قال: أخرج منها، قال: لي فيها أُم وعيال؟ قال: إن خرجوا معك، وإلا فاخرج أنت[٣].

وعن الفضل بن عبد الصمد أنه قال لأبي عبد الله: رجل له أخوة وأخوات بأرض غصب ترى أن يزورهم؟ قال: نعم يزورهم ويراودهم على الخروج، فإن أجابوه، وإلا لم يقم معهم، ولا يدع زيارتهم. قال القاضي: المسألة محمولة على أنه يزورهم من غير أن يدخل لكن يتعرف أخبارهم خارجاً منها[٤].

لما في رواية المروذي قال ابن عقيل: ومثل هذا ما روي عنه من منع الكتب من محبرة غيره بغير إذنه، وفي رواية قال: لمن استأذنه هذا من الورع المظلم فحملنا الأول على كتب يطول، والثاني على غمسة قلم لكتب كلمة أو في حق من ينبسط إليه وأذن له حكماً وعرفاً.

وقال إسحاق بن إبراهيم في مسائله: سألت أحمد عن الرجل له الضيعة فيصير فيها السمك أيتصيد الرجل من ذلك السمك؟ قال:

(١) ذكر ابن قدامة في المغني (٣٨٠/٧) نقلاً عن المروذي: فر جل والداه في دار طوابيقها غصب، لا يدخل على والديه؛ وذلك لأن دخوله عليهما تصرف في الطوابيق المغصوبة.

(٢) هو: عمر بن حفص السوسي أبو بكر ذكره أبو بكر الخلال من جملة الأصحاب، ونقل عن إمامنا أشياء. انظر: المقصد الأرشد (٢٩٩/٢).

(٣) ما قاله عمر السدوسي عن الإمام أحمد ذكر في المقصد الأرشد (٢٩٩/٢).

(٤) انظر: المغني (٣٨٠/٧).

لا يتصيد إلا بأذنهم[(١)]، قال: وسأل عن نهر حفره السلطان تجري فيه السفن الكبار ترى أن يصطاد منه السمك؟ قال: لا بأس إذ لم يكن ضيعة إنسان فاحتفر فيها.

وعن محمد بن أبي حرب قال: قلت لأبي عبد الله السمك يكون في ضيعة قوم يصاد بغير إذنهم؟ قال: لا فمنع لأجل الدخول في أرض الغير، قاله غير واحد من الأصحاب[(٢)].

وقال المروذي قلت لأبي عبد الله: في المشي على العبارة التي يجري فيها الماء. ماء السقة إلى آبار الناس؟ قال: لا وكره المشي عليها، وقال: هذه تخرب يعني إذا مشى عليها[(٣)].

قال في الفصول وفي المغني[(٤)] لأن العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشى عليها وربما كان المشي عليها يضر بها.

وقال أيضاً: سألته عمن أخرج بساتين في هذه الدور والماء يجري في القناة فربما اقتطعوا ماء السقة يسقون به النخل والبقل، قال: لا ينبغي أن يقطتع عن الناس وكرهه قلت: قد احتفروا في هذه البساتين بركاً وربما اقتطعوا الماء حتى يدخل إليهم أن يتوقا أن يشترى منها شيئاً قال: ينبغي أن يتوقاه وكأنه كره فعلهم.

وقال أيضاً: سئل أبو عبد الله عن الأرض المغصوبة ليس لها مقبرة إلا فيها، قال: لا يدفن فيها؛ لأنه انتفاع بملك الغير بغير إذنه[(٥)].

---

(١) انظر: المغني (٣٨٠/٧). إلا أنه لم ينسبه لأحد.
(٢) انظر: المغني (٣٨٠/٧).
(٣) انظر: المغني (٣٨٠/٧).
(٤) انظر: المغني (٣٨٠/٧).
(٥) انظر: المغني (٣٨٠/٧، ٣٨١).

وقال الميموني: ملت أنا وأبو عبد الله إلى الزواريق؛ يعني: في دجلة، فاكترى زورقاً من الزواريق، فرأيته يتخطى زواريق عدة لأناس، ولم أره استأذن أحداً منهم. قال بعض الأصحاب: لأنه حريم دخله، والحريم مشترك بين المسلمين، فلما صنعوه جاز المشي عليها، والله أعلم.

فهرس الموضوعات

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة